Die Annahmepflicht des Gläubigers.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Georg Engländer
Referendar.

R N B

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1911.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Bachem, Zu der Frage, ob es nach dem code civil eine Klage auf Empfangnahme usw. In der Zeitschrift für französisches Zivilrecht Bd. 23 S. 708 ff.

Barkhausen, Die Klage des Verkäufers auf Abnahme der Ware. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 30 S. 30 ff.

Bechmann, System des Kaufs nach gemeinem Recht.

Charmak, Mora accipiendi nach gemeinem Recht und Gläubigerverzug nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. Greifswald 1902.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1902.

Danckwardt, Die locatio conductio operis. In Iherings Jahrbüchern Bd. 13.

Dernburg, Pandekten. Bd. 2. 1903.

Dernburg, Preußisches Privatrecht. Bd. 2. 1897.

Dernburg, Bürgerliches Recht. Bd. 2, 1. 1909.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 3. 1905.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1903.

Fischer, Recht und Rechtsschutz. In Bekker und Fischer, Erläuterungen und Beurteilung usw. 1889.

Fischer-Henle, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1906.

Fleck, Die Verzugslehre und der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. In Kohlers Archiv für bürgerliches Recht Bd. 12 S. 252.

Fritz, Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen usw. 1839.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. 2. 1892.

Goldschmidt in seiner Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 30 S. 58.

Goldmann, H., Das Handelsgesetzbuch. Bd. 3. 1906.

Hachenburg in Gutachten aus dem Anwaltstande usw. Bd. 2 S. 147.

Hangen, Ist nach dem code civil eine Klage auf Empfangnahme zulässig? In der Zeitschrift für französisches Zivilrecht Bd. 23 S. 376.

Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge. 1895.

Hohenstein, Der Abnahme=Annahmeverzug des Käufers=Gläubigers. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 25 S. 69.

Hohenstein, § 326 BGB. und der Abnahmeverzug des Käufers. In Gruchots Beiträgen S. 711.

Jacobi, Die Abnahmepflicht des Käufers. In Iherings Jahrbüchern Bd. 45 S. 259.

Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 17 S. 261.

Kohler im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 13 S. 149.

Laband, Zum zweiten Buch des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 74.

Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. 1906.

Lehmann, Die Bedeutung der Ausdrücke Abnahme usw. In der Deutschen Juristenzeitung 1902 S. 491.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 1901.

Lippmann, Gibt der Abnahmeverzug des Käufers für sich allein dem Verkäufer die Rechte aus § 326 BGB.? In der Deutschen Juristenzeitung 1904 S. 800.

v. Madai, Die Lehre von der Mora. 1837.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. 3.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1900.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Bd. 3. 1855.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2.

Müller-Meikel, Bürgerliches Recht. 1904.

Munk, Wesen und Voraussetzung der mora creditoris usw. 1898.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Aufl. Bd. 1.

Oertmann im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 85: Der Kauf mit „Spezifikation“.

Oberloscamp, Abnahmepflicht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1905.

Paech, Der Leistungsverzug. 1902.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 1900.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2.

Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers. In Iherings Jahrbüchern Bd. 43.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2. 1903.

Riezler, Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.

Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Heft 1. 1901.

Schanzenbach, Gibt es oder inwieweit gibt es bei gegenseitigen Verträgen eine Pflicht zur Annahme der Gegenleistung? Diss. Erlangen 1898.

v. Schey, Begriff und Wesen der mora creditoris usw. 1884.

Schoeffer, Abnahmepflicht beim Kauf- und Werkvertrag. Diss. Rostock 1903.

Schneider, Ein Beitrag zur Auslegung der Abnahmepflicht. Diss. Erlangen 1906.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. 1903.

Sintenis, Das praktische gemeine Recht. Bd. 2.

Sprenger, Klage auf Abnahme der verkauften Sache. In Gruchots Beiträgen S. 592.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1908.

Striebinger, Über den Begriff der Abnahme beim Kauf- und Werkvertrag. Diss. Erlangen 1906.

Thöl, Das Handelsrecht. 1879.

Treitschke, Der Kaufkontrakt. 1865.

Ulrich, Deposition und Dereliktion usw. Diss. Zürich 1877.
Voigt, ius naturale. Bd. 3.
Warschauer, Der Tatbestand des Annahmeverzuges nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Breslauer Diss. 1902.
Weisstein, über die Anwendbarkeit des § 326 BGB. bei Abnahmeverzug des Käufers. Diss. Breslau 1909.
Windscheid, Pandekten. Bd. 2. 1900.
Windscheid in der Heidelberger Kritischen Zeitschrift Bd. 3.
Wolff, Zur Lehre von der Mora. 1841.
Zachariä-Crome, Das französische Zivilrecht. Bd. 2.

Entscheidungen des Reichsgerichts, des badischen Reichsoberhandelsgerichts, des Reichsoberhandelsgerichts.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Buschs Archiv für Theorie usw.
Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

§ 1.

Die natürliche Auflösung eines jeden Schuldverhältnisses geschieht durch Erfüllung, d. h. durch Herbeiführung eines Vorteiles für den Gläubiger zum Zwecke der Schuldbefreiung. Die Vermögensverschiebung, die darin liegt, hat zur Voraussetzung eine Tätigkeit des Schuldners und in den allermeisten Fällen auch eine Mitwirkung des Gläubigers.

Nur wenige Schuldverhältnisse bedürfen zur Erfüllung weder eines aktiven noch passiven Verhaltens auf der Gläubigerseite; bei ihnen genügt ein einseitiges mit dem Willen der Schuldtilgung betätigtes Handeln des Schuldners.

Es sind dies zunächst mal, wie Lehmann[1]) mit Recht betont, alle die Schuldverhältnisse, die auf eine Dienstleistung faktischer Art gehen, soweit nicht die Natur dieser Leistung stets einer Mitwirkung des Gläubigers bedarf (wie z. B. bei der Operation des Patienten — Gläubigers). Denn „durch den Abschluß der Obligation eröffnet der Gläubiger sein Vermögen für die Leistung".[2])

---

[1]) Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerl. R. 1906 S. 213.

[2]) Lehmann a. a. O.

Ist dasselbe nun offen, so kann die Leistung überall da an den Gläubiger ohne dessen Zutun bewirkt werden (§ 362 BGB.), wo sie an und für sich ohne Gläubiger vorgenommen werden kann. Wird das Ständchen dargebracht und der Schutt bestimmungsgemäß abgeladen, so ist erfüllt worden, auch wenn der Gläubiger zur Zeit der Leistung abwesend ist.

Hierher gehört auch der Fall der auf Unterlassen gerichteten Forderung. Wenn man im Gegensatz zu Fischer und Kohler[3]) aus § 362 (Bewirkung der Leistung an) in Verb. mit § 241 Abs. 2 BGB. („die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen") folgert, daß Erfüllung durch bloßes Unterlassen, also durch ein negatives Verhalten des Schuldners möglich ist, so wird man konsequenterweise von einer Mitwirkung des Gläubigers bei der Erfüllung der Unterlassungsobligation nicht gut reden können.

Eine dritte Gruppe endlich, bei der eine Mitwirkung des Gläubigers nach Art der Leistung in keiner Weise Platz greifen kann, sind die Fälle der Verwaltungsbefugnisse mit gesetzlicher Vertretungsmacht, des Auftrags, der entgeltlichen Geschäftsbesorgung und der auftraglosen Geschäftsführung. Wer z. B. als Ehemann für die Gattin, wer als Kommissionär für den Kommittenten Geschäfte abschließt, erfüllt die gesetzliche oder vertragliche Obligation durch Handeln gegenüber einem Dritten, ohne daß die

---

[3]) Fischer S. 72; Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 263.

Ehefrau, der Kommittent etwas davon zu wissen brauchen. Auch hier wäre eine passive Mitwirkung des Gläubigers durch Gestattung der Einwirkung überflüssig und daher nicht notwendig, weil ja, wie oben bewiesen, das Vermögen des Gläubigers bereits eröffnet ist, und die Leistung z. B. durch Abschluß des Kaufvertrages mit einem Dritten an sich selbständig erbracht werden kann. Anders ist es natürlich bei den internen Geschäften der Rechnungslegung oder der Herausgabe von Geld an den Auftraggeber oder an die Ehefrau.

Hirsch[4]) behaupet, daß auch bei der Grundstücksmiete ein Fall einseitiger Erfüllung vorliege. Er ist darin von Matthiaß[5]) unterstützt worden. Jedoch Kohler[6]) hat m. E. mit Recht nachgewiesen, daß der wirtschaftliche Zweck der Miete nicht im Bereitstellen erschöpft ist, sondern daß dem Mieter das Wohnen geleistet werden müsse. Mit dem Bereitstellen habe der Vermieter nur getan, was von ihm aus zu tun war. Das geht auch aus § 535 BGB. hervor, wonach Inhalt der Verpflichtung des Vermieters die Gebrauchsgestattung der Wohnung während der ganzen Mietzeit ist.

Damit sind die Fälle erschöpft, in denen die Mitwirkung des Gläubigers bei der Erfüllung entbehrlich ist. Es fragt sich nun im folgenden, wie sich die Mitwirkung, wo sie notwendig ist, im einzelnen darstellt.

---

4) Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge S. 134.

5) Matthiaß § 81, 1.

6) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 152.

§ 2.

Die Mitwirkung kann zunächst vorbereitender Natur sein, der Gläubiger hat eine Spezifikation vorzunehmen, d. h. er hat bei dem über eine bewegliche Sache geschlossenen Kauf die vorbehaltene nähere Bestimmung über Form, Maß usw. der verkauften Sache zu treffen, der Gläubiger hat abzurufen, Rechnung zu legen oder Sachen hinzugeben, wenn eine Werkleistung daran vorgenommen werden soll, kurz, der Gläubiger hat die Vorbedingungen für die Leistung, die „Leistungssituation", herbeizuführen.[1])

Die Mitwirkung kann sich aber auch der schuldnerischen Tätigkeit gegenüber als Zug um Zug-Leistung darstellen, z. B. wenn eine Quittung auszustellen, oder wenn die Gegenleistung zu bewirken ist. Denn da der Schuldner nur zu leisten braucht, wenn der Gläubiger die Gegenleistung anbietet, so wirkt dieser durch sein Angebot an der Erfüllung der Leistung mit.

Die hauptsächlichste und häufigste Art der Mitwirkung aber ist die Annahme der fertigen Leistung. Sie geht der Erfüllungstätigkeit des Schuldners nach und bildet so den Schlußakt der Erfüllung.

Eine Teilung des Begriffes der Mitwirkung ist aber auch nach einer anderen Seite hin möglich. Die Tätigkeit des Gläubigers kann einen rechtsgeschäftlichen In-

[1]) Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 283.

halt haben, wie die Mitwirkung bei der Auflassung, oder sie kann eine faktische sein, wenn sie „lediglich in den Naturkausalismus eingreift und zu einem Natureffekt beihilft".[2]) Der Gläubiger nimmt die Leistung ab oder gibt eine Sache zum Reparieren. Bei Dienstleistungen wird die letzte Art der Mitwirkung öfters eine passive sein, so wenn sich der Patient operieren, oder jemand sich zum Anzug Maß nehmen läßt.

§ 3.

Wir haben oben (§ 2) die Annahme als letzten Akt der Erfüllung bezeichnet. Danach ist Annahme diejenige Tätigkeit des Gläubigers, die von ihm entwickelt wird, wenn ihm die fertige Leistung angeboten wird. Diese Mitwirkung kann wieder einen sehr verschiedenen Inhalt haben. Sie kann nur eine rein körperliche Tätigkeit enthalten, es kann aber auch mehr in ihr stecken. Zur näheren Definition wird also auf den Begriff der Annahme näher einzugehen sein. Rein sprachlich deckt sich annehmen mit an sich nehmen, mit übernehmen. Man nimmt die Sache jemandem fort, ab — das liegt im „Nehmen" — und an sich. Im Verkehr hat Annahme meist diese rein lokale Bedeutung. Es liegt aber in der Annahme noch ein formales Element. Die Frage, als was angenommen wird, drängt sich unwillkürlich auf. Dieses formale Element hat auch das Bürgerliche Gesetzbuch in die An=

---

[2]) Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 263.

nahme gebracht. Mit der herrschenden Meinung[1]) nehmen wir an, daß „Annahme" im Bürgerlichen Gesetzbuch gleich Annahme als Erfüllung ist.

Allerdings ist in § 362 BGB. nichts von einem animus solvendi gesagt, der auf der Gläubigerseite nötig wäre, und dem § 363 stehen die §§ 293, 464, 326 u. a. gegenüber, die nur von Annahme und nicht von Annahme als Erfüllung sprechen. Aber § 1813 in Verb. mit § 1812 und § 362 Abs. 2 in Verb. mit § 185 lassen erkennen, daß die Annahme vom Gesetz als Verfügung betrachtet wird. Und in § 516 hebt sich die Annahme als Rechtsgeschäft deutlich von dem bloßen Empfang einer Zuwendung ab. Wenn also in der Annahme immer etwas Rechtsgeschäftliches liegt, so kann es nur der animus solvendi des Gläubigers sein, der die Annahmetätigkeit überall zur rechtsgeschäftlichen stempelt. Denn wo die Mitwirkung des Gläubigers zum wirtschaftlichen Leistungserfolge eine rein faktische ist, würde das rechtsgeschäftliche Moment entfallen. Es muß daher Annahme gleich Annahme als Erfüllung sein.

Im § 293 bedeutet aber Annahme noch mehr, und wir werden uns zunächst aus Zweckgründen, um nämlich die gesamte Tätigkeit des Gläubigers bei der Erfüllung kritisch zu beleuchten, diese weite Definition der Annahme zu eigen machen. Aus dem Wortlaut des zitierten

---

[1]) Fischer-Henle zu § 464 Abs. 2; Rosenberg in Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 254; Endemann Bd. 1 S. 794/95; Planck § 464 Anm. 1; Laband im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 74 S. 310; RG. Bd. 57 S. 338 u. a.

Paragraphen geht allerdings nicht hervor, daß Annahme hier nicht auch den oben erörterten engeren Sinn von Annahme als Erfüllung haben könnte. Doch in § 295 wird plötzlich von der Möglichkeit gesprochen, daß Verbalobligation zum Gläubigerverzuge genüge, „wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist". Damit gibt das Gesetz zu erkennen, daß auch bei Nichtbewirkung dieser „Handlung des Gläubigers" Gläubigerverzug eintrete. Es müssen also auch die Vorbereitungshandlungen — denn nur diese können im § 295 gemeint sein, da die „Annahme" des § 363 selbstverständlich mit ihren Konsequenzen bereits in § 293 zum Ausdruck kommt — unter die „Annahme" des § 293 fallen, mit anderen Worten: die Annahme in § 293 muß alle Mitwirkungshandlungen des Gläubigers umfassen. Auch die Überschrift des zweiten Teils vor § 293 spricht für diese Auslegung. Man hat hier Gläubigerverzug statt Annahmeverzug gesetzt, um den Anschein zu vermeiden, als ob Gläubigerverzug nur dann vorliege, wenn die Annahme im Sinne des Gesetzes, nämlich die Annahme als Erfüllung, nicht bewirkt sei.

Und schließlich hat, wie Warschauer[2]) bemerkt, „der Gesetzgeber wirklich nicht die gesamte neuere Entwicklung der Gläubigerverzugslehre in Theorie und Praxis auf den Kopf stellen wollen", und diese hat sich unbedingt auf den Standpunkt gestellt, daß Nichtannahme

---

[2]) Warschauer, Diss. S. 6.

die unterlassene Mitwirkungstätigkeit des Gläubigers überhaupt ist. Auch bei unterlassener vorbereitender Mitwirkung stat. per creditorem, quominus solvatur. So Mommsen: „Die Nichtannahme kann . . . stillschweigend erfolgen, indem der Gläubiger es unterläßt, die von seiner Seite zur Erfüllung der Obligation erforderliche Mitwirkung eintreten zu lassen. Daß auch das letztere genügt, ist unbestritten".[3]) Auch Hirsch hält daran fest, daß „prinzipiell der Begriff des Gläubigerverzuges jede an sich erforderliche, jedoch unterlassene Mitwirkung des Gläubigers bei Setzung des Erfüllungsaktes umfaßt".[4]) Daraus, daß Nichtannahme jede unterlassene Mitwirkung des Gläubigers ist, folgt noch nicht, was Annahme bedeutet. Zwar daß jede Mitwirkung darunter fällt, ist klar. Ist nun aber Annahme die gesamte Mitwirkung, und daher jede Mitwirkungstätigkeit nur ein Teil der Annahme, oder kann man von Annahme überall da sprechen, wo es sich um eine Tätigkeit des Gläubigers zur Erfüllung handelt? Ich möchte mich der letzten Ansicht zuneigen; denn es spricht dafür, daß man die Annahme (im weiten Sinne des § 293 natürlich) betätigt, wenn man irgendeine Mitwirkungshandlung vornimmt. In diesem Sinne kann man z. B.

---

[3]) Mommsen Bd. 3 S. 160; ähnlich Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 358.

[4]) Hirsch S. 17; ebenso Munk S. 29; Fischer-Henle zu § 293 Anm. 7; v. Schey S. 119; RG. Bd. 10 S. 99; Rehbein Bd. 2 S. 139.

auch die Vornahme der Spezifikation als Annahmetätigkeit und daher als Unterart der Annahme bezeichnen. So auch Kohler: „Annahme im Sinne der Erfüllungslehre ist jede Mitwirkung des Gläubigers zur Erfüllung“.[5] Ferner Hirsch: „Wie nun Annahme im Sinne vom Verzuge nicht nur die tatsächliche Empfangnahme der offerierten Leistung bedeutet, sondern darüber hinaus jede erforderliche Mitwirkung des Gläubigers bei der Erfüllung der Obligation zu verstehen ist...“ [6])

Wir können also im folgenden überall da von Annahme sprechen, wo es sich um irgendeine Mitwirkungstätigkeit des Gläubigers handelt. Wie verhält sich nun — und das wird notwendig schon hier erörtert werden müssen — der verwandte Begriff der Abnahme zu dem der Annahme? Zunächst was bedeutet „abnehmen“. Da der Begriff, wie unten S. 49 dargelegt ist, vom Gesetz nicht einheitlich definiert wird, so ist an dieser Stelle nur auf die allgemeine, sprachliche Bedeutung der Abnahme einzugehen und auf seine Verwandtschaft zur Annahme nur allgemein hinzuweisen. Die Darlegung der besonderen Bedeutung des Abnahmebegriffes muß der speziellen Erörterung der verschiedenen Abnahmepflichten überlassen bleiben.

Abnehmen heißt rein sprachlich jemandem etwas „vom Halse nehmen“. Es wird allein die Entlastung

---

[5]) Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 358.

[6]) Hirsch S. 193/94; ähnlich Fischer-Henle § 293 Anm. 7; Charmak S. 44.

und Befreiung des Leistenden ausgedrückt, die Richtung, in der entlastet werden soll, wird nicht angedeutet. Und damit ist zugleich die Abgrenzung der Abnahme gegen die Annahme im Sinne des § 363 gegeben, indem die Annahme noch ein Plus enthält (außer dem animus solvendi des Gläubigers), nämlich die Richtung, wohin. Der Annehmende nimmt das Leistungsergebnis ab (sc. dem Schuldner) und in seinen Vermögenskreis auf (s. oben S. 5). Wer annimmt, nimmt also stets ab. Wer aber abnimmt, nimmt lange noch nicht an. Und wo die Abnahme geschuldet ist, ist es die Annahme noch nicht. Die Abnahme stellt sich so als Teil der Annahme im Sinne des § 363 dar.

Unter den oben konstruierten Begriff der Annahme im weiteren Sinne fällt sie dagegen als Art der Mitwirkungstätigkeit des Gläubigers.

§ 4.

Wir gehen nunmehr auf die weitaus wichtigere Frage nach der rechtlichen Natur der Abnahmepflicht ein.. Aus dem Prinzip der Obligation geht unmittelbar hervor, daß die Annahme zunächst ein Recht ist: Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate obstringimur, und als Korrelat dazu § 241 BGB.: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner die Leistung zu fordern". Dieser Grundsatz, der die Basis des gesamten Obligationenrechts darstellt, ist durch die

moderne Entwicklung des Verkehrs in sehr wichtigen Punkten durchlöchert worden.

Schon seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts ist die Frage erörtert worden, ob die Annahme eine Pflicht des Gläubigers sei, oder nur sein gutes Recht, zu dessen Ausübung ihn niemand zwingen könne. Bei den älteren Schriftstellern des Pandektenrechts finden wir nichts darüber. Weder Puchta, noch Vangerow, noch Mühlenbruch haben sich darüber ausgesprochen. Und in der Tat entspricht es wenig entwickelten Verkehrsverhältnissen, wie sie am Anfang des vorigen Jahrhunderts bestanden, durchaus, daß man nie auf die Idee kam, die Annahme könne auch eine Pflicht sein, zu der man gezwungen werden könne. Für die damaligen einfachen und ruhigen Verkehrsmöglichkeiten reichten Erfüllungssurrogate und Gläubigerverzugsfolgen völlig aus.

Oder wenn der Gläubiger wirklich mal zur Annahme verpflichtet erschien, wie in l. 9 D. 19, 1, da hat man wohl als selbstverständlich einen Nebenvertrag angenommen. Trotzdem hat man sich durch Parallelisierung der mora accipiendi und der mora debitoris stillschweigend zu einer Annahmepflicht des Gläubigers bekannt;[1]) denn man baute beide Institute auf der culpa auf, culpa ist aber immer nur im Bereich der Pflicht möglich. Erst in den beiden Monographien von Madai (1837) und Wolff (1841) wurde ausdrücklich ohne weitere Begründung

---

[1]) vgl. Literatur bei v. Schey S. 93.

behauptet: wie der Schuldner zur Leistung, so sei der Gläubiger zur Annahme verpflichtet. Es korrespondieren bezüglich derselben Leistung Recht und Pflicht, Pflicht und Recht. Indem die erste mehr von einem Interesse des Schuldners an der Wiedergewinnung der früheren Freiheit spricht, doch in ihren weiteren Ausführungen „mora debitoris und creditoris als in ihrem inneren Wesen völlig gleich“ behandelt, gibt sie dadurch zu erkennen, daß sie das Interesse als Recht auf Befreiung vom iuris vinculum verstanden wissen will.[2]) Denn da die mora debitoris auf der Pflicht des Schuldners zur Leistung beruht, so muß Madai auch eine Pflicht des Gläubigers zur Befreiung des Schuldners angenommen haben, wenn er beide Institute gleichsetzt.

Der eigentliche Begründer dieser Lehre von der Annahmepflicht aber ist Wolff. Er behauptet: „Wie nun jener (creditor) berechtigt ist, von dem Debitor die Erfüllung der Verbindlichkeit zu fordern, so ist auch dieser berechtigt, von dem Kreditor die Befreiung von dem obligatorischen Nexus durch Annahme des Objekts der Obligation zu verlangen“.[3]) Doch die eigentliche Konsequenz, nämlich die unbedingte Klage, kann auch er nicht ziehen, weil er keine Stütze in den Quellen findet und weiß, daß ihm l. 9 D. 19, 1 eine Klage nur ausnahmeweise bietet.

---

[2]) Madai S. 227.

[3]) Wolff S. 406.

Spätere Schriftsteller haben dem Schuldner gegen den Gläubiger ein Recht auf Befreiung oder besser ein Recht auf Annahme oder Erlaß gegeben.[4]) Sie sind dabei von dem richtigen Grundgedanken ausgegangen, daß dem Schuldner eine ungerechte Last auferlegt wird, wenn die Obligation über den Termin hinaus, wo der Schuldner leisten soll und will, perpetuiert wird. Es liege also ein Interesse des Schuldners vor, vom iuris vinculum, das ihn drückt befreit zu werden. Aber auch nicht mehr! Es sei demnach auch völlig gleichgültig, wie das obligatorische Band gelöst würde, ob durch Annahme, die regelmäßige Form der Lösung, oder sonstwie, z. B. durch Erlaß. Aber indem sie dieses Lösungsinteresse zum Recht des Schuldners erhoben und dadurch den Gläubiger verpflichteten, haben sie, wie unten zu beweisen sein wird, etwas in die Obligation gelegt, was nicht in sie hineingehört, und sind in Wirklichkeit nur eine Spielart der Gruppe um Wolff. Denn die Wolffsche Lehre von der Annahmepflicht ist damit, nur ein wenig gemildert, wieder erstanden. Gegen sie hat sich Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 17 mit überzeugender Schärfe gewandt und nachgewiesen, daß die Ansicht von der Mitwirkungspflicht des Gläubigers „einer der fundamentalsten Irrtümer in der Lehre des Obligationenrechtes“ ist. Schon vorher

---

[4]) Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 271; Windscheid in der Heidelberger Krit. Zeitschr. Bd. 3 S. 369; Ulrich S. 2, 2; ähnlich Voigt Bd. 3 S. 539 Anm. 866 gegen Mommsen.

hatten Fritz, Schilling, Luden und Mommsen,[5]) allerdings in wenig hervortretender Weise, es ausgesprochen, daß es „von seiner (des Gläubigers) Willkür abhängt, ob er von seinem Recht Gebrauch machen will oder nicht" (Fritz). Jedoch erst Kohler hat der Richtung zum Siege verholfen. Von ihm aus unternahm der Gedanke seinen Eroberungszug, der mit dem legislativen Siege im Bürgerlichen Gesetzbuch endete.

§ 5.

Wenn ich jetzt in die theoretische Untersuchung der Frage eintrete, ob die Annahme der geschuldeten Leistung nur ein Recht oder auch eine Pflicht des Gläubigers ist, so kann es sich, wie aus der Frage hervorgeht, nur um die Annahme der vertragsmäßigen Leistung handeln. Denn nur bei dieser kann überhaupt eine Pflicht zur Annahme in Betracht kommen.

Daß die Annahme zunächst ein Recht, dem eine Pflicht gegenübersteht, ist, ist bereits oben erörtert. Der Gläubiger ist also zur Annahme berechtigt. Ist er auch dazu verpflichtet? Gegen Wolff und die anderen Vertreter der Theorie von der Annahmepflicht des Gläubigers spricht vor allem die unbestrittene Existenz der einseitigen Obligation. Die stipulatio des römischen Rechts ist nachweisbar in Gajus III § 136 und l. 22 Inst. III eine ob-

[5]) Fritz Bd. 3 S. 358; Schilling S. 221 ff.; Luden in Weiskes Rechtslexikon S. 312; Mommsen Bd. 3 S. 134.

ligatio unilateralis. Hier wird den Konsensualkontrakten, bei denen alter alteri obligatur, Schuldner und Gläubiger also in Wechselbeziehungen zueinander stehen, die verborum obligatio entgegengehalten, bei der alius stipuletur, alius promittat, der eine als Gläubiger also dem anderen als Schuldner scharf gegenübertritt. Gibt es aber einseitige Obligationen, so fällt bereits an dieser Klippe die Annahmepflicht des Gläubigers. Hier ist es begrifflich unmöglich, daß sich Gläubiger- und Schuldnerqualität in derselben Person vereinigen. Hier hat nur einer ein Recht, der Kreditor, nur einer eine Pflicht, der Debitor, damit ist die unilateralis obligatio erschöpft. Daher kann es eine Pflicht zur Annahme nirgends geben, wo die römische Obligation und mit ihr das einseitige Schuldverhältnis übernommen ist. Also auch nicht im Bürgerlichen Gesetzbuch, wo wir das römische Darlehen und das einseitige Schuldversprechen haben, die unbestritten einseitige Schuldverhältnisse sind.

§ 6.

Aber auch die anderen Obligationen vertragen grundsätzlich keine Annahmepflicht des Gläubigers; eine solche verstößt gegen das Prinzip der Obligation. Dieses Prinzip aufgedeckt zu haben, ist eben das Verdienst Kohlers. Zwar nicht alle Beispiele sind ein unumstößlicher Prüfstein für die Richtigkeit der Kohlerschen Behauptungen. Daß ich nicht gezwungen werden kann, mich dem Messer des Operateurs hinzugeben, ist doch

schon deshalb undenkbar, weil eine solche Annahmepflicht gegen die guten Sitten verstoßen würde, da sie die körperliche Integrität preisgibt. Bei anderen Beispielen wieder verliert sich der Zwang deshalb, weil das mangelnde Interesse des Schuldners die Klage nicht praktisch werden läßt. Regelmäßig wird es der Bahn gleich sein, ob ich mitfahre oder nicht, und dem Theater ohne Interesse, ob ich meinen Platz auch wirklich einnehme. Aber im Grunde hat Kohler doch recht. Und ebenso Mommsen, wenn er sagt: „dem Gläubiger steht es frei, ob er die Herrschaft, welche das obligatorische Recht ihm einräumt, ausüben will oder nicht".[1]) Denn die Forderung ist ein Teil meines Vermögens, ein Aktivum desselben. Über mein Vermögen, über das, was mir gehört, kann ich nach Belieben verfügen. Ich kann das in ihm enthaltene Recht ausüben, verschenken oder nicht ausüben, genau so, wie ich das in meinem Eigentum enthaltene Recht ausüben kann oder nicht. Ich kann meinen Stock zerbrechen, ihn derelinquieren, ich kann ihn aber ebensogut zu Hause in der Ecke stehen lassen. Wer Gläubiger ist, ist grundsätzlich bezüglich dessen, was er zu fordern hat, zu nichts verpflichtet.

---

[1]) Mommsen S. 134; ähnlich Schey S. 27.

§ 7.

Im Corpus iuris läßt sich ein sicherer Nachweis für die Behauptung, daß die Annahme nur ein Recht sei, nicht bringen. l. 60 § 4 D. 19, 2 beweist nichts für die Frage, ob dem Werkbesteller die Leistung aufgedrängt werden kann. Auch l. 4 pr. C. 5, 56 ist kein zwingendes Argument dafür, daß eine Annahmepflicht in Rom bestanden hätte. Der Kodex gibt zwar dem Vormund keine Klage gegen den Mündel (nämlich in den internen Vormundschaftssachen): Pupillus vobiscum agere compelli non potest. Aber Fälle aus dem Familienrecht sind erstens nicht geeignet, zum Prinzip erweitert zu werden. Dann aber liegt der Fall doch insofern sehr eigenartig, als der, gegen den sich der Zwang richten soll, ein Mündel ist, das der Vormundschaft bedarf, also wie sonst im Verkehr vermutlich nicht zu etwas genötigt werden sollte, wozu ihm die Übersicht fehlte. Außerdem steht die Stelle so ziemlich allein da. Denn das argumentum e contrario aus l. 1 C. 7, 7, daß hier eine Klage auf Abnahme gegeben sein würde, falls sie erlaubt wäre, ist doch zu schwach. Und was es mit der Digestenstelle l. 9 D. 19, 1 für eine Bewandtnis hat, wird unten gezeigt werden. Aus dem Vorhandensein aber oder Nichtvorhandensein einer culpa beim Gläubigerverzuge im Corpus iuris etwas in der Richtung des Annahmerechtes oder der Annahmepflicht zu schließen, ist schon deshalb unmöglich, weil die Quellen kein klares Bild geben, ob

sie culpa fordern oder nicht. Sie sprechen beim Gläubiger-Annahmeverzug bald von einem accipere nolle, bald von einem stare per creditorem, quominus accipiat. l. 26 D. 24, 3, l. 73 § 2, 2 D. 45, 1, l. 37 D. 17, 1, und in l. 72 pr. D. 46, 3 wieder von einem sine iusta causa accipere recusare. Dernburg, als Vertreter der subjektiven Theorie, beruft sich auf die beiden letzten Stellen und fordert culpa zum Gläubigerverzuge.[1] Dagegen geht die sogen. objektive Theorie (keine culpa) hauptsächlich von l. 18 pr. D. 13, 5 aus. Aber auch wenn wir ein sicheres Ergebnis hätten, ob culpa erfordert wäre oder nicht, so wäre es doch gefährlich, unsere Frage, ob Annahmerecht oder -pflicht, in der einen oder der anderen Richtung zu beantworten. Denn man kann sowohl vom Annahmerecht[2] wie von der Annahmepflicht zum Ergebnis des Kulpaerfordernisses kommen. Zwar das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich in § 293 Kohler angeschlossen und culpa beim Gläubigerverzug geleugnet. Aber es bestand doch um die Mitte des 19. Jahrhunderts eine weitverbreitete Meinung, daß auch der nur Berechtigte doch Rücksicht auf seine Nebenmenschen zu nehmen hat und so auch Verpflichtungen nach Treu und Glauben hat, die er achten muß und deren Verletzung er zu vertreten hat.

Ebensowenig wie in Rom läßt sich aus dem allgem. Landrecht etwas für unsere Frage entnehmen. Beim

[1] Dernburg, Pand. Bd. 2 § 43 Anm. 10.

[2] Bestritten von Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 160.

Werkvertrag war nach I, 5 § 412 I, 5 § 408 nicht verwendbar. Es gab also keine Kündigungsbefugnis des Werkbestellers.[3]) Daraus folgt aber nicht, ob er die Leistung später abzunehmen hatte.

Dagegen lassen auf das Prinzip des Annahmerechtes die Bestimmung des code civil art. 1794, des sächs. GB. § 1252 und des alten HGB. Art. 515, 402 u. 583 schließen. Ich möchte mich aber nicht auf Art. 227 des alten HGB. berufen, wie Kohler es tut.[4]) Denn schließlich ist es immerhin eine Vertrauensstellung, Vorstand einer Aktiengesellschaft zu sein, und als solche hat sie immer ihre besonderen Voraussetzungen. Aber schon die obigen Bestimmungen, daß der Dienst- oder Werkherr jederzeit einfach ohne Grund vom Vertrage abgehen kann, wenn er seine Gegenleistung bewirkt, lassen erkennen, daß der Gesetzgeber dem Besteller keine Pflicht zur Annahme der geschuldeten Leistung auferlegen will. Le maître peut résulier par sa seule volonté le marché a forfait (art. 1794 code civil). Ähnlich hat der Frachtführer (Art. 402 a. HGB.) oder der Verfrachter im Seefrachtgeschäft (Art. 538 a. HGB.) nicht das Recht, die vorgesehene Reiseroute zurückzulegen. Entsprechend art. 1794 code civil hat das Bürgerliche Gesetzbuch in § 649 bestimmt: der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen. Einen Beweis e contrario gibt noch § 615 BGB. Überall hier braucht

---

[3]) Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 2 § 199 Nr. 18.

[4]) Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 279.

sich also niemand Dienste aufdrängen zu lassen, die er nicht in sein Vermögen überzuführen wünscht. Auf mangelndes Interesse des Verpflichteten kann man diese Fälle nicht zurückführen, denn der Baumeister wird, wenn er den Bau nicht vollenden kann, oft sehr unzufrieden sein, weil er mit demselben — es ist z. B. ein öffentliches Gebäude — sein Renommee hätte begründen können. Daher hat man auch die Ansprüche eines badischen Theaterintendanten auf Fortführung seiner Tätigkeit zu Recht abgewiesen,[5]) aber falsch entschieden, wenn man annahm, daß jemand sich zur Übergabe von Öfen verpflichtet habe, wenn er sie umbauen lassen wollte.[6])

Aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch können wir aber auch noch einen indirekten Schluß ziehen, daß der Gesetzgeber die Annahme grundsätzlich als Recht behandelt wissen wollte. Der erste Abschnitt der Schuldverhältnisse ist in zwei Titel geteilt, von denen der erste überschrieben ist: „Verpflichtung zur Leistung" und der zweite: „Verzug des Gläubigers". Damit hat das Gesetz zu erkennen gegeben, daß der Gläubigerverzug nichts mit einer „Verpflichtung zur Leistung" zu tun hat, während der Schuldnerverzug in den ersten Titel eingereiht ist und daher auf der Verpflichtung zur Leistung basiert.

---

[5]) Bad. OHG. v. 18. 9. 1875.

[6]) ROHG. Bd. 11 S. 155—159.

§ 8.

Hierdurch ist also nachgewiesen, daß dem Gläubiger grundsätzlich eine Leistung nicht aufgedrängt werden kann. Ich brauche, wenn ich nur meinerseits die Schuldnerpflichten erfülle, nicht ins Theater zu gehen, wenn ich keine Lust habe, ich brauche den Schneider meinen Anzug nicht vollenden zu lassen, wenn ich Trauer bekomme, und ich brauche meinem Schuldner nicht das Geld abzunehmen, wenn ich es ihm schenken will. Dem Recht des Gläubigers steht aber nun ein sehr lebhaftes Interesse des Schuldners gegenüber, teils moralischer Art, teils materieller Natur, z. B. wenn der Schuldner seine Ware los werden will, weil sie seinen Geschäftsbetrieb stört. Irgendwie muß ihm geholfen werden, das ist billig. Denn seine Obligation erlischt durch die Nichtannahme durchaus nicht und kann jederzeit geltend gemacht werden. Da der Gläubiger grundsätzlich aber nur berechtigt ist, die geschuldete Leistung anzunehmen, so hat sich der Gesetzgeber zunächst gehütet, in das unbeschränkte Gläubigerrecht einzugreifen, das ihm die Obligation gibt. Er hat dem Schuldner Mittel an die Hand gegeben, wie Deposition oder Dereliktion oder den Selbsthilfeverkauf, um die Sache los zu werden. Er hat andererseits die obligatorische Spannung erleichtert und den Schuldner nur noch für dolus und culpa lata haften lassen. Aber mit der zunehmenden Schnelligkeit des Verkehrs und der damit wachsenden Hast des Geschäftslebens machte sich besonders beim Kauf das Be-

dürfnis immer stärker fühlbar, dem Interesse des Schuldners eine schneidigere Waffe in die Hand zu geben, als die bisherigen es waren. Denn die Deposition war nicht immer möglich, die Dereliktion wurde den Verkehrsbedürfnissen nicht immer gerecht und daher nicht mehr gestattet, und der Selbsthilfeverkauf ging unter langen Formalitäten vor sich. Das Mittel, das oft allein helfen konnte, war die Klage auf Annahme. Zwar der Begriff der Obligation stand entgegen. Aber auch das Eigentum ist begrifflich unbeschränkt, und es ist doch vom Gesetz eine Enteignung statuiert worden, wenn es das Interesse der Gesamtheit erfordert. So hat man sich in richtiger Erkenntnis der Lebensbedürfnisse über den Begriff hinweggesetzt und eine klagbare Pflicht zur Annahme des Gläubigers statuiert. Das Leben ist nun mal inkonsequent, der Gesetzgeber muß aber mit ihm in enger Berührung bleiben, auch auf die Gefahr hin, mal nicht Begriffsjurisprudenz zu treiben. Natürlich ist ein solches Hinweggehen über Fundamentalsätze nur gestattet, wenn sich ein Ausgleich widerstreitender Interessen anders nicht ermöglichen läßt. Welche Interessen das sind, die eine Klage fordern, wird der geschichtliche Entwicklungsgang der einzelnen im Bürgerlichen Gesetzbuch statuierten Annahmepflichten am besten lehren. Gleichzeitig wird er zeigen, wie der Gesetzgeber nicht plötzlich, sondern sehr vorsichtig eingriff und das Gewebe der Obligation erst durch Ausnahmen durchlöcherte, als der Verkehr notwendig zur Klage drängte.

§ 9.

Ob es im Corpus iuris eine Klage auf Annahme der geschuldeten Leistung gegeben hat, ist zum mindesten sehr bestritten. Man beruft sich auf die Digestenstelle l. 9 D. 19, 1: si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest ut eos tollat. Der Sinn der Stelle ist wohl kaum zweifelhaft. Tollere ist unser „Abnehmen", es bedeutet wie dieses das rein lokale Fortschaffen, vom Halse schaffen, „das Entledigen des Verkäufers von der Innehabung der Sache".[1] Lapides ex fundo deutet weiter auf einen gewissen Zusammenhang der Steine mit dem Boden hin, der durch das tollere erst gelöst werden soll. Sonst hätte der Römer „ab" statt „ex" gesagt. Es sind also Steine, die im Acker verstreut liegen und so verkauft worden sind. Danach besagt die Stelle etwa folgendes: Wenn jemand Steine, so wie sie gerade im Boden liegen, von seinem Acker verkauft hat, so kann der Käufer zum Fortschaffen derselben mittels Klage aus dem Kauf gezwungen werden. So klar der Sinn, so bestritten ist die Frage, welche Bedeutung die vorliegende Stelle für den Kauf überhaupt hat, ob prinzipielle oder nur exzeptionelle Bedeutung. Zunächst, daß eine singuläre Bestimmung für den Verkauf gerade von Steinen vorliegen soll, ist nicht gut denkbar und auch kaum vertreten worden.

---

[1] Bechmann Bd. 2, 1 § 302.

Dagegen haben drei andere Theorien Verbreitung gewonnen: die Theorie der allgemeinen Kaufsklage, die Interessen- und die Nebenvertragstheorie.

Die erste von ihnen erblickt in dem vorliegenden Geschäft einen ganz gewöhnlichen Alltagskauf ohne Sonderheiten und leitet daher aus jedem Kauf die Klage auf Abnahme ab. Sie geht aber entschieden zu weit. Die Eigentümlichkeit des angeführten Kaufes, wie wir sie unten beweisen werden, in Verbindung mit dem Umstand, daß die Stelle allein dasteht, gestattet bei der kasuistischen Abfassung des code civil eine solch extensive Interpretation nicht.

Außerdem spricht gegen diese Ansicht, daß spätere Juristen sicher darauf hingewiesen hätten, wenn die Abnahmepflicht auch nur ein naturale negotii gewesen wäre. Besonders, da eine Abnahmepflicht doch immerhin eine Ausnahme im römischen Obligationenrecht gewesen und merkwürdig erschienen wäre. Diese Theorie, die wir ablehnen, ist von Thöl, Treitschke u. a.[2]) vertreten worden.

Die beiden andern Theorien, die den Rahmen enger fassen, suchen den Kern der Sache in dem Interesse des Verkäufers an der Abnahme der Leistung oder in einem Nebenvertrage, der die Abnahmeverpflichtung als gewöhnliche Werkleistungspflicht enthält.

---

[2]) Thöl, HR. Bd. 1 § 272; Treitschke, Der Kaufkontrakt § 77; Goldschmidt in seiner Zeitschr. f. HR. Bd. 30 S. 58; Hirsch S. 190 u. a.

Die Interessentheorie erkennt die Eigentümlichkeit des vorliegenden Kaufes an, hält aber einen Nebenvertrag, ein pactum, deswegen für ausgeschlossen, weil er hätte erwähnt werden müssen. Sie faßt daher den Fall etwas weiter und läßt bald ein besonderes, bald ein allgemeines Interesse zur Klage auf Abnahme erfordert werden.

Unter ihnen kommt Barkhausen[3]) der Theorie am nächsten, die bei jedem Kauf eine Klage auf Abnahme gibt, da er außer dem Nachweis des Kaufabschlusses nur noch den eines allgemeinen Interesses fordert. Dagegen verlangt Dernburg,[4]) daß der Verkäufer ein besonderes, dem Gegner erkennbares Interesse habe, und steht damit der Nebenvertragstheorie sehr nahe, die nur noch darüber hinausgeht. Ein besonderes Interesse ohne diese Erkennbarkeit wollen Wolff,[5]) der die Klage als Erfüllungssurrogat bei Annahmeverzug des Käufers anspricht und zur Stützung seiner Lehre heranzieht — das besondere Interesse soll darin liegen, daß sich der Schuldner der Sache nicht ohne Kostenaufwand anders entledigen kann —, und Sintenis.[6])

Die Praxis des gemeinen Rechts hat sich auf den Standpunkt des besonderen Interesses gestellt, doch der Interpret kann das nicht billigen. Er muß sich unbedingt de

---

[3]) Barkhausen in Goldschmidts Zeitschr. f. HR. Bd. 30 S. 45.

[4]) Dernburg, Pand. Bd. 2 § 97 Nr. 4.

[5]) Wolff S. 492.

[6]) Sintenis, Prakt. Zivilrecht § 116.

Mommsenschen Lehre anschließen. Wer das Geschäft, von dem in l. 9 D. 19, 1 die Rede ist, sich unbefangen ansieht, muß ein gemischtes Geschäft herauslesen, nämlich Kauf und Werkvertrag.

Daß das Geschäft ein solches eigener Art ist, darin stimmen wir zunächst mit der Interessentheorie überein. Gerade beim Verkauf im vorliegenden Falle handelt es sich doch um einen Gegenstand, dessen Abnahme sich nach den Umständen nicht als Hilfsleistung darstellt, an der dem Verkäufer wenig liegt. Grade hier hat der Verkäufer das denkbar größte Interesse an dem Loswerden der Steine.

Aber — und damit gehen wir über die Interessentheorie hinaus — das Loswerden der Steine ist hier geradezu mit Zweck des Geschäfts. Es lassen sich zwei gesonderte wirtschaftliche Zwecke konstruieren: Preis und Bodenbereinigung, und damit natürlich zwei Schuldverhältnisse, wenn man folgendes erwägt: In diesen und ähnlichen Fällen wird der Preis für die Steine gewöhnlich niedriger bemessen werden, als die Steine wert sind. Das geschieht deshalb, um dem Käufer ein Entgelt dafür zu bieten, daß er verpflichtet werden soll, den Käufer von der Sache zu befreien. In dem Preis liegt also das Verbindende der beiden sonst selbständigen Obligationen: Sache und Preis — Werk und Preis. Es liegt also ein aus Kauf und Werkvertrag zusammengesetztes Geschäft vor. So Mommsen: Der Eigentümer will durch den Verkauf nicht allein den Vorteil des Preises, sondern

zugleich das erlangen, daß sein Grundstück von den Steinen gereinigt werde.[7])

Gegen diese Begründung, die aus der praktischen Wertung des Geschäftes geschöpft ist, vermag der Vorwurf, daß ein pactum hätte erwähnt werden müssen, nicht Stich zu halten. Hier, wie z. B. bei Verkauf von Dünger vom Hofe, ist ein pactum selbstverständlich, verdichtet sich das Interesse zum Zweck, zum Nebenvertrag — eben wegen der Lästigkeit der abzunehmenden Sache.

Daß auf die Nebenverpflichtungen in l. 9 D. 19, 1 aber ex vendito geklagt werden kann, ist an anderen Stellen im Corpus iuris dargelegt. Schon seit Javolen war es, wie Kohler nachweist,[8]) vollendete Tatsache, daß zwei solche Verträge, die nach dem Vertragswillen ein Ganzes bildeten, als solches auch von den Juristen respektiert wurden. Es konnte mit der Klage des Hauptvertrages auch auf die Nebenverpflichtung, die sich aus dem pactum ergab, geklagt werden. So auch l. 16 D. 19, 5. Auf einen wichtigen Umstand macht auch Jacobi aufmerksam,[9]) der in Verbindung mit anderen geeignet ist, die Theorie vom pactum bezüglich der oben besprochenen Digestenstelle zu befestigen. Danach scheint in fr. 9 D. 19, 1 der Hauptton auf ex vendito gelegt zu sein. Denn in der vorhergehenden lex wurde die Frage erwogen, welche

---

[7]) Mommsen S. 135; Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 277; Windscheid Bd. 2 § 347, 1.

[8]) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 277.

[9]) Jacobi in Iherings Jahrb. Bd. 45 S. 261.

Klage, nicht ob man sie anstellen könne. Was sich aus l. 9 D. 19, 1 entnehmen läßt, ist also nicht viel. Sie besagt nichts weiter, als daß die Tätigkeit der Abnahme wie jedes andere Tätigwerden Gegenstand einer obligatio faciendi, eine Schuldnerpflicht sein kann. Daß die Annahme eine Gläubigerpflicht ist, geht nicht daraus hervor. Das ist auch die herrschende Meinung des gemeinen Rechts geworden. In der Praxis aber hat man überall beim Kauf, wo ein besonderes Interesse vorlag, meist eine Klage auf Abnahme gegeben.[10]) Ein solches besonderes Interesse wurde dann angenommen, wenn ein Fall wie der in l. 9 D. 19, 1 vorlag, aber auch darüber hinaus, wenn der Verkäufer nur beim Vertragsschluß erkennen konnte, daß sein Gegenkontrahent ein Interesse am Loswerden der Sache hat, oder wenn sich das Interesse erst nachher herausstellte, weil es für die Verkäufer sehr lästig war, Erfüllungssurrogate anzuwenden, wie es z. B. bei giftigen Stoffen der Fall ist. überall wurde aber der Fehler nicht geübt.[11]) Jedenfalls wird ein praktisches Bedürfnis zur Klage bereits stark hervorgetreten sein.

---

[10]) RG. Bd. 5 S. 292, Bd. 30 S. 118; Busch im Arch. f. HR. Bd. 25 S. 247; Goldschmidts Zeitschr. f. HR. Bd. 23 S. 567, Bd. 30 S. 39.

[11]) vgl. Literatur bei Barkhausen in Goldschmidts Zeitschr. f. HR. S. 31, 33; s. auch Hangen in Zeitschr. f. franz. Zivilrecht Bd. 23 S. 377.

§ 10.

Die Kodifikationen vor 1900 haben alle übereinstimmend dem Käufer eine Verpflichtung zur Übernahme, Abnahme, Empfangnahme usw. auferlegt, manche im Sinne einer durch Klage erzwingbaren, manche aber auch im Sinne einer klaglosen Leistung.

So sagt das allgem. Landrecht in I, 11 § 215: „Ist der Verkäufer bereit, die Sache vertragsmäßig zu übergeben, so ist der Käufer sie sofort zu übernehmen schuldig". Was das „Übernehmen" hier bedeutet, ist wohl unbestritten, es ist das rein körperliche „Ansichnehmen". Man nimmt etwas an sich, wenn man es übernimmt, und umgekehrt. Ob die Verfasser des allgem. Landrechts wirklich daran gedacht haben, mit obiger Bestimmung eine klagbare Übernahmepflicht zu schaffen, ist gleichgültig. Das Gesetz spricht für Zweifel zu klar; daher ist Dernburg nicht beizupflichten, wenn er eine Übernahmepflicht nur bei ausdrücklicher oder stillschweigender vertraglicher Einigung geben will, oder wenn dies aus der Natur des Geschäftes oder der Ware hervorgeht.[1]) Andere, wie Laband, behaupten wieder, die Pflicht des § 215 sei keine klagbare.[2]) Das „Schuldig" in § 215 sei eine „Pflicht", deren Versäumnis nur die in den §§ 216 ff. ausgesprochenen Folgen des Gläubigerverzuges nach sich ziehe. Diese Ansicht ist hier deshalb zu erörtern, weil

---

[1]) Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 2 § 151 Nr. 3.

[2]) Laband im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 74 S. 306.

unter Pflicht im Sinne des Themas ein Zwang zur Leistung verstanden werden muß. Es wirkt nur verwirrend, im materiellen Recht da, wo ein Zwang zur Leistung ausgeschlossen ist, von Pflicht zu reden, weil man in demselben Sinne auch von Beweis und Einlassungspflicht in der Zivilprozeßordnung spreche. Der Pflicht, wie sie vom materiellem Recht gefaßt ist, steht ein durch Klage geschütztes Recht gegenüber. Gibt also das allgem. Landrecht keine Klage, dann auch keine Pflicht in unserem Sinne. Jedoch mit Förster-Eccius und der herrschenden Meinung[3]) müssen wir sagen, daß, wenn auch der Hinweis auf die §§ 216 ff. ins Gewicht falle, durch die (nach Eccius) die Befugnisse des Verkäufers in der Regel genügend gewahrt sind, doch die starke Betonung „eine Klage auf Abnahme nicht als unzuläſſig" erscheinen läßt.

Der code civil hatte eine gleich klare Bestimmung wie das allgem. Landrecht nicht. Art. 1650 besagte: „La principale obligation de l'acheteur est de payer le prix". Aber der Artikel ist den wirtschaftlichen Bedürfnissen entsprechend, die „auf rasche Abwicklung der Geschäfte drängen",[4]) von der Doktrin einstimmig ergänzt worden, indem man eine secondaire obligation konstruierte

---

[3]) Förster-Eccius, Preuß. PrivR. S. 66 Anm. 42; Sprenger in Gruchots Beitr. Bd. 34 S. 596 Anm. 1; Oertmann im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 85 S. 221; RG. Bd. 26 S. 213.

[4]) Hangen a. a. O. Bd. 23 S. 377.

und darunter die Abnahmepflicht aufnahm.[5]) Nach Bachem genügte ein allgemeines Interesse, wie es jeder Käufer an der Wegnahme der Ware hat; dagegen verlangte Hangen, im Anschluß an die sonst in Deutschland geübte Praxis, ein besonderes Interesse für die Abnahmepflicht.[6]) Eine Klage auf Abnahme kennt auch das österr. Bürgerliche Gesetzbuch in § 1062, das schweiz. Bundesgesetz Art. 260, der hess. Entw. II, 1 Art. 21 und der Dresdener Entw. Art. 456.

Ihnen ist das alte Handelsgesetzbuch, der Vorläufer unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs, gefolgt. Der Art. 346 a. HGB. lautete: Der Käufer ist verpflichtet, die Ware zu empfangen, sofern sie vertragsmäßig beschaffen ist.

Über die Bedeutung des Begriffes „Empfangnahme“ herrschten große Meinungsverschiedenheiten. Es ist derselbe Streit, wie er noch heute bei der Abnahme im Bürgerlichen Gesetzbuch herrscht und nicht enden kann, solange das Gesetz nicht den Begriff präzisieren wird. Das Reichsgericht und das Reichsoberhandelsgericht[8]) sind für Empfangnahme gleich Annahme als Erfüllung eingetreten, und das scheint mir die beste Auslegung zu sein, denn Empfangnahme hat ein stark solennes Element

---

[5]) s. die bei Bachem in Zeitschr. f. franz. Zivilrecht Bd. 23 S. 715 angeführte Literatur.

[6]) Bachem a. a. O. S. 708 ff.; Hangen a. a. O. S. 379.

[7]) Anders Laband a. a. O. S. 306.

[8]) RG. Bd. 3 S. 89, Bd. 5 S. 393, Bd. 30 S. 117; ROHG. Bd. 6 S. 220.

in sich. Es ist die Annahme in den Kreis des Vermögens als Vermögensstück.

Gleich Abnahme hat die Empfangnahme gesetzt das ROHG. Bd. 7 S. 356, gleich Anerkennung der probemäßigen Beschaffenheit ROHG. Bd. 4 S. 17.

Übereinstimmend aber hat man in der Praxis der obersten Gerichte die Klage auf Empfangnahme abgelehnt. Warum das bei einer solch klaren Bestimmung geschehen ist, will nicht einleuchten. So behauptet RG. Bd. 14 S. 247: „Der Art. 346 trifft keine Bestimmung über die Folgen der Nichtempfangnahme und gibt daher auch keine Klage auf Spezifikation", im Gegensatz zu ROHG. Bd. 16 S. 206, und ebenso kennt RG. Bd. 30 S. 117 keine Klage auf Empfangnahme.[9] RG. Bd. 5 S. 393 behauptet, Art. 346 bestimme nur in bezug auf Art. 347, daß man eine vertragsmäßige Ware nicht zurückweisen dürfe. Als ob das nicht selbstverständlich wäre! Auch Oertmann will eine Klage nicht ohne weiteres annehmen.[10] Dagegen entschied das Nürnberger HAG.,[11] daß in Art. 346 Satz 2 die Empfangnahme der Ware als ein selbständiger Verpflichtungsgrund festgestellt sei, und nun: „Wie es auch den Bedürfnissen des Handelsverkehrs, welcher möglichst rasch Gewißheit über das weitere Schicksal von Waren erfordert, allein entspricht".[12]

---

[9]) Dagegen Bechmann Bd. 3, 1 § 301.

[10]) Oertmann im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 85 S. 221.

[11]) Goldschmidts Zeitschr. Bd. 39 S. 238.

[12]) Dafür auch Barkhausen a. a. O. S. 55; Hirsch S. 197.

Diese Bedürfnisse, die in den Spruchsammlungen deutlich hervortreten, haben die Autoren des Bürgerlichen Gesetzbuchs richtig gewürdigt und ihnen in § 433 Abs. 2 Ausdruck gegeben. Die Motive[13]) weisen ausdrücklich auf die Kodifikationen hin, die eine solche Pflicht kennen, und betonen das Verkehrsinteresse. Und ebenso bemerken die Protokolle,[14]) daß die Frage überaus praktisch sei, daß sie zu Streit und Prozessen geführt habe und dem Verkäufer nur mit der Abnahmepflicht gedient werde.

§ 11.

Auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist der Gläubiger grundsätzlich nur Gläubiger, nichts weiter. Das Gesetz hat den römischen Obligationenbegriff übernommen, und Gläubiger sein heißt auch nach dem allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse in § 241 nur, berechtigt sein, etwas zu fordern, nichts mehr. Daher ist § 433 des besonderen Teils der Schuldverhältnisse nur eine Ausnahmevorschrift für den Kauf, wenn es dort heißt:

„Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen“.

Als sehr wichtige Vorfragen sind zunächst zu erledigen: Was bedeutet Abnahme, wie verhält sie sich zur Annahme? Fällt auch der Abruf, die Spezifikation darunter? Wann kann überhaupt abgenommen werden?

---

[13]) Mot. Bd. 2 S. 317.

[14]) Prot. Bd. 2 S. 53.

Die Fragen sind immer noch umstritten. Die herrschende Meinung versteht unter Abnahme „die körperliche Hinwegnahme zwecks Erlangung der tatsächlichen Gewalt".[1]) Eine kleine Minorität will Abnahme gleich Annahme als Erfüllung,[2]) und eine dritte Gruppe setzt Abnahme und Annahme gleich.[3]) Eine vierte Gruppe endlich versteht unter Abnehmen nichts weiter als das reine Entlasten, „vom Halse schaffen", ohne damit irgendeine Richtung auszudrücken, in der entlastet werden müßte, also die Befreiung des Schuldners von der Sache.[4])

Die letztere Ansicht wird der oben S. 10 gegebenen natürlichen Definition der Abnahme am meisten gerecht, und da Gründe für eine weitere Auslegung des Begriffs in § 433 Abs. 2 BGB. nicht zu finden sind, so wird man sich ihr zuwenden müssen. Denn die „Abnahme" kommt beim Kauf nur noch in § 448 BGB. vor; aus diesem ist aber nichts für oder gegen zu entnehmen. Gegen eine Gleichsetzung von Abnehmen und Annehmen überhaupt spricht aber, daß der Gesetzgeber wohl kaum für denselben Begriff zwei Ausdrücke gebraucht hätte. Eine Berufung

---

[1]) Planck zu § 433, 7, 2; Fischer-Henle zu § 433, 11; Endemann Bd. 1 S. 938; Lehmann, DJZ. 1902 S. 493; Rosenberg a. a. O. S. 256; RG. Bd. 53 S. 161, Bd. 57 S. 108 u. a.

[2]) Hohenstein im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 80; Striebinger S. 16 ff.

[3]) Staub, Exk. zu § 373 I, 1 a; Laband a. a. O. S. 304; Cosack Bd. 1 § 130 VI, 1.

[4]) Jacobi a. a. O. S. 273; Staudinger zu § 433 IX, 2 a; Bechmann a. a. O. § 302.

aber auf die Empfangnahme des alten Handelsgesetzbuchs als Vorläufer des Bürgerlichen Gesetzbuchs würde, wenn auch nicht gerade das Gegenteil beweisen, so doch auch nichts dafür, da der Ausdruck ja geändert ist. Überhaupt wenn der Gesetzgeber eine Pflicht zur Annahme als Erfüllung gewollt hätte, so hätte er doch nur Annahme statt Abnahme setzen können!

Dagegen spricht für unsere Ansicht folgende Erwägung: Nach dem Inhalt des typischen Kaufgeschäftes kann dem Verkäufer nichts an einer Anerkennung der Ware als einer vertragsmäßigen liegen. Denn anders als beim Werkvertrag (s. unten) ist die Ware schon bei Vertragsschluß fertig oder doch in gewissen Richtungen bestimmt, und wenn der Käufer sie kauft, sieht er sie und ist mit ihrer Beschaffenheit einverstanden. Liefert er nun die ausgesuchte Sache, so muß es ihm egal sein, ob der andere sie als die ausgesuchte anerkennt oder nicht. Wichtig ist dagegen für ihn, und damit komme ich zur ratio legis, daß ihm die Sache vom Halse geschafft wird. Die ratio legis spricht aber auch gegen die Behauptung, daß Abnahme in § 433 gleich Ansichnehmen ist. Wenn, was unten zu beweisen sein wird, der Verkäufer nur am Loswerden der Sache Interesse hat, so muß es ihm weiter gleich sein, wie er sie los wird, ob an den Käufer oder sonstwie. Zwar meistens wird sich Abnehmen und Ansichnehmen decken, aber grundsätzlich ist es doch, wie S. 10 hervorgehoben, anders: Wenn ich annehme, nehme ich ab, aber wenn ich abnehme, nehme ich nicht immer an. Fälle,

wo sich der Unterschied bemerkbar macht, sind die Abnahme durch Gestattung der Preisgabe oder der Vernichtung, oder man denke sich folgenden Fall: Ich kaufe ein Pferd und will es aus irgendwelchen Gründen andere nicht merken lassen, daß ich gerade von dem Verkäufer gekauft habe. Ich bitte letzteren daher, das Pferd in der Nähe meines Hauses so anzubinden, daß ich es sehen und sofort den Diener schicken kann. Tut er das, so habe ich hier abgenommen, ohne angenommen zu haben. Auf die Jacobische Begründung, daß die ratio legis es nicht vertrage, daß eine Leistung dem Gläubiger aufgedrängt wird, gehe ich nicht ein, weil ich sehr wohl unter Umständen dem Gesetzgeber ein solches Recht zuerkenne. Ob eine Abnahme von gekauften Rechten möglich ist, ist deshalb nicht Gegenstand der Untersuchung, weil § 433 BGB. nur von der Verpflichtung zur Abnahme einer gekauften Sache spricht.

Immobilien können natürlich wie Mobilien z. B. durch Preisgabe abgenommen werden.

Kann nun auch aus § 433 auf Abruf beim Sukzessivlieferungskauf, auf Spezifikation — von Bedeutung für Nichtkaufleute, sonst § 375 HGB. — oder auf Leistung von anderen Vorbereitungshandlungen z. B. der nötigen Kisten und Fässer geklagt werden, wenn diese vom Käufer beschafft werden sollten?

Im gemeinen und preußischen Rechte sowie in den Partikularrechten hat man da, wo eine Klage auf Abnahme gegeben oder versagt war, auch die Klage, ins-

besondere auf Spezifikation, gegeben oder versagt.[5]) Und überall mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Begründung, daß die Erfüllung der Gegenleistung verhindere, wer sich der Spezifikation entziehe.[6]) Diese Begründung trifft auch zu. Dagegen sind die Spezifikation und mit ihr die anderen oben genannten Vorbereitungshandlungen weder Unterarten noch Teile der Abnahme, wie Düringer-Hachenburg es möchte.[7]) Dagegen auch Staub und Reichsgericht.[8]) Als Voraussetzung dafür müßte sich ein weiterer Abnahmebegriff finden lassen. Diesen konstruiert auch Düringer-Hachenburg S. 50. Der Begriff der Abnahme ist aber in § 433 rein körperlich zu fassen, ein weiterer Begriff der Abnahme findet im Gesetze keinen Halt. So auch Staub a. a. O. Daß im kaufmännischen Sprachgebrauch Abnahme Sammelname für die Tätigkeit des Käufers bis zur Zahlung ist, kann für die juristische Konstruktion nicht von Bedeutung sein.[9]) Trotzdem kann aus § 433 auf Abruf usw. geklagt werden, denn wer nicht abruft, entzieht sich auf leichtem Wege der Abnahmepflicht. Eine

---

[5]) Für das preußische Recht RG. Bd. 26 S. 214; s. auch Hirsch S. 196; für das gemeine Recht und das a. HGB. RG. Bd. 14 S. 247; ROHG. Bd. 16 S. 206; Hirsch S. 194; andere Literatur bei Rosenberg a. a. O. S. 270, 8.

[6]) RG. Bd. 10 S. 95.

[7]) Düringer-Hachenburg, HGB. Bd. 3 S. 231.

[8]) Staub, Exk. vor § 373 Anm. 71; RG. Bd. 57 S. 109.

[9]) RG. Bd. 57 S. 109.

solche Auslegung der Abnahmepflicht würde gegen § 242 BGB. verstoßen.[10])

§ 12.

Wir haben oben gesehen, daß der Gesetzgeber, wenn er praktische Bedürfnisse erkennt, das Prinzip durchlöchern und Ausnahmen schaffen kann. Die geschichtliche Entwicklung hat uns gezeigt, wie das Interesse des Verkäufers immer dringender eine Abnahmepflicht verlangte, wie dann der Gedanke der Abnahmepflicht allmählich festen Fuß faßte und durchdrang. Die Autoren zum Bürgerlichen Gesetzbuch haben sich für eine allgemeinere Abnahmepflicht ausgesprochen, und Praktiker wie Hirsch, Sprenger, Barkhausen und Bachem haben ihnen zugestimmt. So hat letzterer die Rechtsprechung des Reichsgerichts für unhaltbar erklärt.[1])

Trotzdem behaupteten Laband und Kohler, § 433 Abs. 2 sei überflüssig und in seinen Konsequenzen unmöglich. Beide Autoren kennen Fälle, wo sie eine Abnahmepflicht unterstellen. Hier sei sie aber ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart oder folge aus der Natur der Leistung. Dazu zählen sie Fälle wie l. 9 D. 19, 1, wie den Verkauf eines Hauses auf Abbruch und schließlich noch all diejenigen Obligationen, die nach dem In-

[10]) So auch Crome Bd. 2, 1 S. 146; Endemann Bd. 1 S. 939; Fischer-Henle § 433, 11; Oberloscamp S. 31; Striebinger S. 61.

[1]) Bachem a. a. O. S. 708.

halt des Hauptvertrages eine Pflicht zur Annahme voraussetzen. So ist z. B. der angestellte Rezensent natürlich verpflichtet, das Theater zu besuchen und den Vortrag des Stückes anzuhören, denn ohne dieses könnte er ja seiner Hauptverpflichtung nicht genügen.[2]) Überall hier wäre aber § 433 Abs. 2 überflüssig, und für diese Fälle ist der Paragraph ja auch gar nicht statuiert. Die oben genannten Autoren übersehen die Lebensbedürfnisse. Wie oft kommt es vor, daß die Erfüllungssurrogate nicht ausreichen. Man denke an die von Rosenberg S. 245 angeführten Beispiele, wo die gewöhnlichen Hinterlegungsarten dem Interesse des Verkäufers nicht genügen. Wo Deposition nicht möglich und Selbsthilfeverkauf wegen des hohen Affektionswertes — es handelt sich um ein Porzellanservice mit Monogramm — oder des großen Preissturzes wegen ausgeschlossen ist. Hier ist § 433 überhaupt nicht zu entbehren. Man denke weiter an den von Sprenger der Praxis entlehnten Fall mit der Fuderasche, die der Fabrikant verkauft hat.[3]) Auch hier versagen die Surrogate; denn Fuderasche ist nach § 372 nicht hinterlegbar, und der Selbsthilfeverkauf hätte keinen praktischen Zweck. Die Dereliktion aber würde, auch wenn sie gestattet wäre, dem Fabrikanten doch nicht helfen; denn es kommt ihm ja nicht auf den Geldwert an, sondern darauf, daß sein Lagerplatz geräumt wird, denn die Fuderasche nimmt

[2]) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. S. 179.

[3]) Sprenger a. a. O. S. 601.

viel Platz weg, den man in der Großstadt nötig braucht. Und um Einwendungen Kohlers zu begegnen, daß hier ein besonders gearteter Vertrag vorliege, der die Pflicht zum Wegschaffen in sich trage, so kann ja der Fabrikant zur Zeit des Verkaufes so viel Platz gehabt haben, daß er kein Interesse an der schleunigen Wegschaffung der Asche hatte, das Interesse kann ja erst nach Vertragsschluß, als große Lieferungen kamen, brennend geworden sein. Ähnlich ist es beim Verkauf von Holz aus dem Walde, wo die gefällten Stämme, wenn sie nicht abgeholt werden, den anderen Fuhrleuten den Weg zum Abfahren des Holzes versperren. Ferner würde überall, wo dem Verkäufer durch das Aufbewahren des Gegenstandes ein Schaden herbeigeführt wird, der nicht unter die Mehraufwendung des § 304 fällt, dieser dem Verkäufer nicht ersetzt werden, und der Ausschluß des § 286 würde z. B. in dem von Jacobi[4]) erwähnten Falle, wo das verkaufte Pferd ein Beißer ist, der den Pferdebestand des Verkäufers dezimiert, zu Unbilligkeiten führen. Vor allem aber will der Kaufmann im heutigen Verkehr Mittel haben, die ihn nicht zwingen, nachher eine große Schadensersatzrechnung aufzustellen. Die vielen Mühen, die er in der Großstadt mit dem Selbsthilfeverkauf hat, und die ihm keiner ersetzt, die Gefahr ganz besonders, die er bei diesem formellen Verkaufsakt läuft, halten ihn von diesem Erfüllungssurrogat ab. Denn

[4]) Jacobi a. a. O. S. 266.

das kleinste Versehen kann den ganzen Verkauf zunichte machen. Dem Kaufmann liegt ferner nicht zuletzt an der schnellen Abwicklung des Geschäftes, und schon deswegen muß ein besonderer Druck auf den Käufer ausgeübt werden.

Die Konsequenzen, die Laband aus der Abnahmepflicht zieht, würden, auch wenn Abnehmen wirklich gleich Annehmen wäre und man nach § 888 ZPO. durch Geldstrafen zur Abnahme gezwungen werden könnte, doch die Notwendigkeit der Abnahmepflicht nicht erschüttern.[5] Aber auch die Beispiele, die Kohler anführt,[6] um die Unmöglichkeit einer Abnahmepflicht darzutun, wirken nicht; denn sie berücksichtigen zu einseitig das Interesse des Verkäufers. Wozu bestellt sich jemand elektrische Batterien, Gifte, Sprengstoffe, wenn er sie nachher nicht annimmt? Soll der Verkäufer, der mit diesen Sachen nicht umzugehen weiß und sie vielleicht nur aus besonderer Gefälligkeit für den Käufer bestellt hat, soll er dafür büßen, soll er immerwährend die Sorge tragen, daß nur nichts passiert, bloß weil der Gläubiger gerade eine Kaprice hat und nicht annehmen will! Eigentlich und von Rechts wegen wäre doch der Verkäufer über den Zeitpunkt der Erfüllung hinaus zu nichts mehr verpflichtet. Wieso sollte er im Grunde dazu kommen, die Sache zur steten Verfügung des Käufers zu halten, wenn dieser auf Auf-

[5]) vgl. die treffende Widerlegung Labands durch Sprenger a. a. O. S. 597.

[6]) Kohler Bd. 13 S. 176/77.

forderung nicht angenommen hat! Und dann die anderen Beispiele Kohlers. Es gibt doch schließlich für den abgedankten Minister, für die trauernde Mutter, für den wirklich entschlossenen Asketen noch Mittel und Wege, um durch Abnahme der bestellten Sachen nicht unangenehm berührt zu werden. Sie brauchen ja die Sachen einfach nicht persönlich abzunehmen. Abgesehen davon, daß affectiones non sunt aestimandae. Meistens hat auch der Verkäufer kein Interesse an der Abnahme und § 226 BGB. wird oft helfen können. Und zuletzt ist in § 433 Abnehmen ja nicht gleich Ansichnehmen, es kann also gar keine Rede davon sein, daß etwas aufgedrängt wird.

Die Abnahmepflicht entspricht also einem lebhaften Interesse des Verkäufers und zeitigt auch vernünftige Resultate. Aus dem klaren Wortlaut des § 433 Abs. 2 folgt, daß mit der Abnahme eine klagbare Pflicht des Gläubigers statuiert werden sollte.

Trotzdem Kohler glaubt, daß in § 433 eine Pflicht nicht vorliege, daher will er aus § 433 nur eine Feststellungsklage geben. Kohler haben sich mit selbständiger Begründung Romeick und Lippmann angeschlossen. Die Feststellungsklage, die Kohler will, soll, um dem Einwande zu begegnen, daß sie überflüssig sei, den Nachweis des rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung entbehrlich machen. Damit wird sie natürlich existenzberechtigt. Kohler denkt sich die Sache so: Der Verkäufer soll mit dem verkauften Gegenstande in

bestimmter Weise verfahren. Dann wird das Gericht feststellen, daß der Verkäufer befreit ist. Oder, das Gericht erklärt, der Verkäufer werde frei werden, wenn er in bestimmter Weise mit der Sache verfahren würde. „Dieses Recht auf Abnahme ist gleich dem Rechte, zu verlangen, daß der Gläubiger das Gut als abgenommen erklärt.“ [7]) Die Tätigkeit des Schuldners, die er dabei zu entfalten hat, soll darin bestehen, daß er dem Gläubiger mit oder ohne Gerichtsvollzieher die Sache auf den Hof oder auf die Schwelle legt, um dann, ohne etwas zu sagen, fortzugehen. Abgesehen davon, daß dieses Erfüllungssurrogat sehr zu der bereits überwundenen, unwirtschaftlichen Dereliktion hinneigt, wird der Verkäufer, wie Jacobi nachweist, bei Untergang der Sache auf dem Hofe doch nur frei, wenn er beweist, daß die hin gelegte Sache wirklich die vertragsmäßige war.[8]) Den Käufer kann ja seine Nichtannahme reuen, und er bestreitet, daß die niedergelegte Sache die geschuldete ist, dann tritt § 363 mit der Verschiebung der Beweislast nicht ein. Dieses Surrogat wird also den Interessen des Verkäufers nicht gerecht. Auch hier berücksichtigt Kohler ferner zu wenig die Interessen des Schuldners, denn die solutio vom obligatorischen Bande allein genügt dem Schuldner nicht. Daß er in Verfolg seines Prinzipes außerdem zu dieser gekünstelten Auffassung greifen muß,

---

[7]) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 241—245.

[8]) Jacobi a. a. O. S. 270.

spricht nur zu klar gegen ihn; denn wo existiert sonst noch im Bürgerlichen Gesetzbuch eine Pflicht, die durch Feststellungsklage geschützt ist? Dernburg weist dagegen richtig darauf hin, daß man eine unzweideutige Bestimmung des Gesetzes durch keine noch so fein gedachte Kombination aus der Welt schaffen kann.[9] Romeick hat anscheinend eingesehen, daß man den durchsichtigen Wortlaut des § 433 Abs. 2 mit schärferen Mitteln bekämpfen muß. Ebenso Lippmann. Beide untersuchen, wie sich der Begriff der Abnahme zur Leistung verhält, und zwar grenzt der erste den Begriff negativ, der zweite positiv ab.

Romeick[10]) geht von dem Grundsatz aus, der sicher richtig ist, daß nicht alles, wozu ein Teil kraft des Schuldverhältnisses verpflichtet wird, eine Leistung ist. Er stellt aber Angebot und Abnahme in Parallele. Das ist nicht richtig. Denn die Verpflichtung, die zum Angebot drängt, ist der Abnahmepflicht in § 433 Abs. 2 nicht als vollwertig an die Seite zu setzen. Während das Gesetz beim Angebote nie von einer Pflicht spricht, sondern höchstens Verzugsfolgen an die Nichtausübung knüpft, hebt es die Pflicht in § 433 ausdrücklich hervor. Gleichzeitig damit reißt es die Abnahme aus der Annahme als Erfüllung heraus. Romeick behauptet, das könne das Gesetz nicht; denn ebenso wie das Angebot die die Leistung bezweckende Ausführungshandlung sei, so sei

[9]) Dernburg Bd. 2 § 74 S. 191.

[10]) Romeick Heft 1 S. 58.

die Abnahme die die Gläubigerverpflichtung der Annahme betätigende Ausführungshandlung. Daß man zunächst durch Abnahme die Annahme im Sinne des § 363 BGB. betätigt, ist nach unserer Definition der Abnahme, die die beiden genannten Begriffe scharf sondert, nicht möglich. Aber auch zugegeben, daß die Romeicksche Behauptung richtig ist, so hängt doch die Abnahme nicht so notwendig mit der Annahme zusammen, daß die Abnahme nun niemals etwas anderes als Gläubigerpflicht sein kann. Mit Bezug auf § 433 muß auch hier gesagt werden, daß der Gesetzgeber die Abnahme eben zu einer selbständigen Pflicht hat machen wollen und sie dadurch auch zur selbständigen Leistung gestempelt hat. Die Abnahme als solche hat aber entgegen Romeick auch einen selbständigen ökonomischen Wert. Eine Abnahme auch ohne Annahme fußt auf einem lebhaften Interesse des Verkäufers. Das ist oben bewiesen worden. Denn gerade das Interesse des Verkäufers, daß ihm die Sache vom Halse geschafft wird, und nichts mehr hat ja zur Statuierung des § 433 geführt. Was aber die Konsequenzen anbetrifft, die Romeick zieht, so wird die Untersuchung im zweiten Teile unserer Abhandlung zeigen, daß sie gar nicht so schlimm sind, wie Romeick es glaubt.

Lippmann begrenzt den Leistungsbegriff positiv.[11]) Es sei diejenige Tätigkeit des Schuldners, „durch welche er seine Schuldnerpflicht erfüllt und damit das Schuld-

---

[11]) Lippmann in DJZ. 1904 S. 800 ff.

verhältnis zur Erledigung bringt". Beim Kauf sei aber der Käufer nur Schuldner bezüglich der Zahlung. Das ist ein Irrtum. Durch die Koordinierung der Abnahmepflicht mit der Zahlungspflicht wird die erstere bezüglich der Wertung als Leistung der letzteren gleichgestellt. Der Käufer erfüllt eben eine Schuldnerpflicht, wenn er abnimmt. Was Lippmann mit den letzten oben zitierten Worten meint, ist nicht recht verständlich. Daß es Teilleistungen gibt, wird Lippmann doch nicht leugnen können.

Eine eigentümliche vermittelnde Stellung nimmt Jacobi ein. Er steht, wie oben erwähnt, auf dem Standpunkte, auf dem auch wir stehen, daß Abnehmen nicht gleich Ansichnehmen ist. Nach ihm ist mit Kohler ratio legis, daß dem Gläubiger nie eine Leistung aufgedrängt werden kann, er nie gezwungen sei, eine Leistung anzunehmen. Falsch sei es dagegen, daß der Gläubiger zu nichts verpflichtet werden könnte; der Schuldner habe ein Recht, daß der Gläubiger mitwirke, ihm die Last der Ware vom Halse zu nehmen. Aber dieses Recht sei kein selbständiges. „Der Verkäufer kann die Erfüllung der Abnahmepflicht zur Erleichterung, gewissermaßen als Minus seiner Schuldnerpflichten und zur Ergänzung der ihm durch das Gesetz gegebenen Rechte bei Annahmeverzug des Käufers fordern." Jacobi (S. 270) sieht also ebenso wie Kohler die Abnahmepflicht als Erfüllungssurrogat beim Annahmeverzuge des Käufers an. Nur daß er eben das Recht des Verkäufers durch eine

Klage schützt. Nach Jacobi ist die Abnahmepflicht an gewisse Voraussetzungen gebunden. Nur wenn die gewöhnlichen Surrogate nicht ausreichen, soll die Klage eintreten; denn es sollen durch § 433 dem Verkäufer nur die unabwendbaren Lasten abgenommen werden. Hat der Verkäufer also weder Mühe noch Sorge mit der Ware, so greift § 433 Abs. 2 nicht Platz. Die Abnahmepflicht stehe der Pflicht zum Ersatze von Aufwendungen in § 304 parallel. Hier wie dort entständen auf der Gläubigerseite Schuldnerpflichten, durch die der Verkäufer entlastet werden soll. Sie seien aber nur dann Schuldnerpflichten, wenn der Schuldner anders die wirtschaftlichen Lasten nicht beseitigen könnte. Die Ansicht Jacobis hat manches für sich, besonders da, wo die gewöhnlichen Surrogate genügen. Vor allem wird sie der geschichtlichen Entwicklung gerecht, die einen Abnahmeanspruch eigentlich nur als ultima ratio geben wollte. Jedoch, obgleich wir den Standpunkt Jacobis de lege ferenda für besser halten als den der herrschenden Meinung, bei der § 226 für den konkreten Fall helfen muß, so können wir doch diese Auslegung ebensowenig in § 433 hineininterpretieren wie die Ansichten von Kohler, Romeick und Lippmann. Wenn das Gesetz die — unzweifelhaft surrogierende — Abnahmepflicht nur subsidiär hätte geben wollen, hätte es das ausdrücken müssen. Aber wie aus den Protokollen[12]) hervorgeht, ist die Statuierung

[12]) Prot. Bd. 2 S. 53.

eines besonderen Interesses, wie es Jacobi verlangt, abgelehnt worden, und die Motive[13]) sprechen von einer selbständig klagbaren Pflicht. Auch der Vergleich mit § 304 stimmt nicht; denn dort wird ausdrücklich betont, der Schuldner habe einen Anspruch nur auf die Aufwendungen, die er machen mußte. Davon steht in § 433 nichts.

§ 13.

Auch beim Werkvertrag gibt es in § 640 BGB. eine Abnahmepflicht des Bestellers. Schon das römische Recht hatte unbestritten eine Pflicht zur approbatio; an deren schuldhafte Unterlassung wurden besondere Nachteile geknüpft. Approbatio muß in dem gewöhnlichen Sinne von „Billigung" aufgefaßt werden. So Riezler, Dernburg.[1]) Abgeleitet wird diese Bedeutung von probare aus l. 24 § 1, l. 60 § 3 D. 19, 2. Dagegen versuchte Danckwardt[2]) unter besonderer Betonung der l. 37 D. 19, 2 (priusquam locatori opus probaretur) und l. 51 § 2 D. 19, 2 zu beweisen, daß das probare bedeute, den Nachweis führen, daß das Werk probum sei, und daß diese Pflicht dem Unternehmer zufalle. Jedoch müssen wir mit der herrschenden Meinung leugnen, daß die Bedeutung von probare in den letztzitierten Stellen die gewöhnliche ist. Für das gemeine Recht muß unter

[13]) Mot. Bd. 2 S. 318.

[1]) Riezler S. 133; Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 314.

[2]) Danckwardt in Iherings Jahrb. Bd. 13 S. 348.

allen Umständen eine Pflicht des Bestellers, das Werk als Erfüllung anzunehmen oder zu billigen (das war bestritten), angenommen werden.

Das allgem. Landrecht hatte ebenfalls eine Pflicht des Bestellers zur Annahme, wenn „die Kunstverständigen einstimmig finden, daß das Werk tüchtig und kontraktmäßig angefertigt war" (ALR. I, 2 § 945).

Aus dem code civil kann dagegen eine Pflicht zur Annahme nicht herausgelesen werden.[3]) Dagegen ist das Bürgerliche Gesetzbuch in § 640 Abs. 1 dem corpus iuris civilis gefolgt, wenn es vorschreibt: Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen.

Noch umstrittener als beim Kauf ist hier die Bedeutung der Abnahme. Die Motive[4]) wollten Abnahme beim Kauf und Werkvertrag gleichsetzen. Dagegen besagten die Protokolle,[5]) daß Abnahme in § 572 des Entw. gleich Annahme als Erfüllung sein müßte. Nun sind ja die Materialien nicht Gesetz. Aber sie haben doch bei so wenig bestimmten und bestimmbaren Begriffen wie der Abnahme einen gewissen Wert. Zunächst muß dem Gesetzgeber eine einheitliche Terminologie unterstellt werden. Erst wenn man damit nicht auskommt, wird die Begriffsbestimmung anders gefaßt werden müssen. In § 640 Abs. 1 würde die Abnahme des § 433 Abs. 2

---

[3]) Zachariä-Crome, Franz. Zivilrecht Bd. 2 S. 588.

[4]) Mot. Bd. 3 S. 410.

[5]) Prot. Bd. 3 S. 316/17.

(Befreiung von der Sache) noch hineininterpretiert werden können, obwohl ja schließlich doch ein Unterschied zwischen Kauf- und Werkvertrag besteht. Denn der Unternehmer weiß nicht, ob dem Besteller das Werk, das er ja noch nicht gesehen hat, als vertragsmäßig erscheinen wird, während der Verkäufer dies sehr wohl voraussetzen kann, da der Käufer die Sache bereits kennt. Aber § 640 Abs. 2 stellt wesentliche Schwierigkeiten entgegen, die Abnahme gleich „vom Halse schaffen" zu setzen. Selbst Jacobi[6]) muß zugestehen, daß der innere Grund dagegen spräche; denn dem vom Halse schaffen, Entlasten, fehlt das äußere auf Billigung hinweisende Verhalten, gegen das nach § 640 Abs. 2 durch Vorbehalt protestiert werden könnte. Wenn ich meinem Schuhmacher gestatte, die reparierten Schuhe wegzuwerfen, so wird kein Mensch behaupten können, daß ich die Reparatur gebilligt habe. Einen doppelten Abnahmebegriff aber in § 640 Abs. 1 u. 2 zu statuieren, ist doch etwas gewagt. Nachdem hiermit die Einheit der Terminologie fallen gelassen wird, kann der Begriff der Abnahme beim Werkvertrag selbständig definiert werden. Zumal, da eine Definition der Abnahme als Entgegennahme, verbunden mit Billigung, an § 640 Abs. 2 scheitern würde — nach Abnahme, also Billigung und Prüfung bestände kein Grund, die Rüge kulpos übergangener Mängel zu gestatten — und auch die Annahme als Erfüllung (§ 363 BGB.) nicht herangezogen

[6]) Jacobi a. a. O. S. 281.

werden kann, weil hier von etwas anderem, der Verschiebung der Beweislast, die Rede ist.

Der Zweck der Abnahmepflicht aber kann beim Werkvertrag nach dem mehrfach erwähnten typischen Inhalt desselben nur der sein, dem Arbeiter Gewißheit darüber zu verschaffen, daß die dem Besteller unbekannte Werkleistung, das Arbeitsergebnis, auch wirklich in den Vermögenskreis desselben aufgenommen wird, ohne daß es dabei gebilligt wird. Es ist also die Abnahme beim Werkvertrag: Bewußte Aufnahme der Werkleistung in den Herrschaftskreis des Bestellers (ohne Billigung und ohne Verschiebung der Beweislast).

Nicht immer kann eine Werkleistung abgenommen werden. So kann ein immaterielles Werk, also ein Werk, das kein körperliches Substrat hat, nicht abgenommen werden, da im Abnehmen des § 640 stets etwas Körperliches steckt.

Oertmann hatte in der 1. Aufl. zu § 640 behauptet, auch der Möbeltransport könne abgenommen werden, jedoch gibt er in der 3. u. 4. Aufl. seinen Irrtum zu; denn das Werk, der Transport, die Ortsveränderung kann, wie Riezler hervorhebt, tatsächlich nicht abgenommen werden,[3] eben weil in der Abnahme das körperliche Wegnehmen der Kern ist. Aus diesen Gründen leugne ich aber auch mit Oertmann (1. Aufl.) und Planck (zu § 640) gegen Oertmann (3. u. 4. Aufl. zu § 640),

---

[7]) Riezler a. a. O.

daß Reparaturarbeiten im Hause abgenommen werden können, daß also hier eine Abnahmepflicht besteht. § 640 Abs. 1 hat nach meiner Ansicht nur an Werke gedacht, deren körperliches Substrat einer Abnahme fähig ist.

Anders als beim Kauf wird man aus der Abnahmepflicht des Werkbestellers kaum eine Pflicht zur vorbereitenden Tätigkeit des Gläubigers nach Treu und Glauben folgern können; denn das würde dem in § 649 BGB. statuierten jederzeitigen Kündigungsrechte des Bestellers widersprechen. Denn hiermit hat es der Besteller jederzeit in der Hand, sich einer solchen Pflicht zu entziehen.

Was beim Kauf gegen Kohler, Romeick und Lippmann gesagt ist, gilt auch für den Werkvertrag. Auch gegen Jacobi passen die gleichen Einwendungen wie beim Kauf.

Es besteht also auch beim Werkvertrag eine klagbare Pflicht des Bestellers zur Abnahme des Werkes.

§ 14.

Auch das Handelsgesetzbuch kennt in § 375 eine Pflicht zur Annahme. Der Spezifikationskäufer hat im Handelsrecht die Pflicht, die nähere Bestimmung eines gekauften Grundstoffes nach Form, Maß, Gewicht, Farbe und Qualität anzugeben. Im alten Handelsgesetzbuche war der Spezifikationskauf noch nicht geregelt. Man hat also unterschiedslos für Kauf- und Nichtkaufleute die Vornahme der Spezifikation als eine die Erfüllung der Abnahme bedingende Voraussetzung aufgefaßt und sie

dort als klagbare Pflicht angenommen, wo man der Abnahmepflicht eine Klage subsumierte (s. oben S. 37). Heute aber gilt für Kaufleute die besondere Norm des § 375 HGB. Kohler nennt in Verfolg seiner sonstigen Ansichten diese Bestimmung eine „zivilistische Trübung“ [1]) und weist, allerdings mit Recht, darauf hin, daß mit einer Klage dem Verkäufer lange nicht so gedient sein wird, wie mit den einfachen Bestimmungen des Abs. 2 in § 375 — Übergang der Wahl, Schadensersatz oder Rücktritt. Auch Makower [2]) glaubt, daß das Gesetz hier einen Fehler begangen hat, von einer Verpflichtung zu sprechen, denn „was man sich vorbehält, ist nach dem Willen der Beteiligten nur ein Recht, keine Pflicht“. Jedoch muß er zugeben, daß das Gesetz keine andere Deutung zuläßt. Dagegen leugnet er, daß diese Pflicht zur Abnahme klagbar sei; dies sei zwar nicht ausgeschlossen, aber auch nicht anerkannt. Er halte die Pflicht nicht für eine selbständige.

Auf dem geringen Werte der Klage basieren auch zum Teil Staubs Ausführungen 8. Aufl. [3]) (anders 6. und 7. Aufl.). Richtig geht aber Staub, im Gegensatz zum OLG. Bd. 4 S. 226, davon aus, daß grundsätzlich Pflicht und Klage im Kausalitätsverhältnis zueinander stehen. Wenn das Gesetz eine Pflicht auferlegt, so gibt es dem Gegner nicht nur ein Recht, damit bei Perpetu-

---

1) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 188.

2) Makower, Das HGB. § 375 I e.

3) Staub zu § 375 III, 1; ähnlich ROLG. Bd. 4 S. 226.

ierung der Obligation gewisse Folgen eintreten, sondern um die Pflicht zu erzwingen. Daher sucht Staub an den Konsequenzen der Klage die Unhaltbarkeit derselben nachzuweisen. Gegen 6. u. 7. Aufl. und OLG. Bd. 4 S. 224 kommt Staub in der 8. Aufl. zu dem richtigen Resultate, daß eine Vollstreckung der Spezifikationspflicht nicht nach § 887 ZPO., sondern nach § 888 ZPO. durchgeführt werden muß. Dann aber würde nach seiner Ansicht der Käufer auf Umwegen mit zweifelhaftem Erfolge zu etwas gezwungen, was der Gläubiger, Verkäufer nach § 375 HGB. ohne weiteres selber tun könnte. Der Übergang des Wahlrechts habe gerade der unnötigen Häufung von Rechtsbehelfen entgegentreten wollen. Doch dem ist mit ROLG. Bd. 11 S. 410 entgegenzutreten. Die Klage ist das Nächstliegende. Es hätte „bei der ganzen Bedeutung des Rechtes einer klaren Bestimmung des Ausschlusses bedurft, um sie dem Verkäufer zu versagen". Im übrigen kann man sich sehr wohl Fälle denken, wo der Verkäufer lieber klagen als selber spezifizieren wird. Die herrschende Meinung[4]) gibt ein Klagerecht. Jacobi will auch hier nur bei besonderem Interesse eine Klage bringen. Er ist bereits widerlegt worden.

§ 15.

Eine Pflicht zur Rücknahme hat noch der Hinterleger in § 696 BGB. Wenn eine Zeit für die Aufbewahrung

---

[4]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 § 45 I, 1 a; Düringer-Hachenburg § 375 4, 1 a; Goldmann, HGB. § 375 II, 1.

nicht bestimmt ist, kann der Verwahrer jederzeit die Rücknahme der hinterlegten Sache verlangen. Daß eine Klage gegeben ist, ist aus ähnlichen Gründen anzunehmen wie in §§ 433 u. 640. Die Motive berufen sich bei Statuierung der Pflicht auf die bisherigen Rechte.[1]) Hirsch (S. 302) bezweifelt, ob diese wirklich eine solche Pflicht gekannt haben. Jedoch muß z. B. für das allgem. Landrecht ohne Frage eine Abnahmepflicht angenommen werden. Dieses sagt in I, 14 § 47: Wird der Verwahrer außerstand gesetzt, die Sache mit Sicherheit oder ohne seinen eigenen Nachteil zu behalten, so kann er fordern, daß der Hinterleger ihn befreie.

§ 16.

Kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung wird man eine Abnahmepflicht noch nach § 515 beim Tausch und nach § 445 bei allen entgeltlichen Veräußerungskontrakten annehmen können. Ebenso ist nach § 651 § 640 beim Werklieferungsvertrag entsprechend anzuwenden. Sprenger[1]) glaubt eine Durchbrechung des Prinzips, daß die Annahme ein Recht sei, auch darin gefunden zu haben, daß der Mieter, der ein ius tollendi habe, gleichzeitig verpflichtet sei, die Einrichtung fortzunehmen, da er die Mietsache in demselben Zustande zurückzugeben habe. Aber diese Pflicht zum tollere kann nicht mit §§ 433 u. 640 zusammengeworfen werden, denn sie ist ein notwendiger

[1]) Mot. Bd. 2 S. 583.

[1]) Sprenger a. a. O. S. 594.

Ausfluß der Hauptverpflichtung des Mieters, die Sache in gleichem Zustand, wie empfangen, zurückzugeben, und dieser subordiniert und daher keine Durchlöcherung des Prinzips, daß der Gläubiger zur Annahme nur berechtigt ist. Ähnlich auch Hirsch (S. 303).

Dernburg[2]) fordert nun eine Abnahmepflicht noch beim Auftraggeber und bei dem Dienstherrn, wenn der Beauftragte oder der Angestellte etwas für ihn erworben hat, er fordert weiter eine Rücknahmepflicht des Vermieters, des Verleihers, vom Kommittenten usw. Anscheinend also, wie Barkhausen (S. 45), überall da, wo ein Verwahrungsverhältnis des Schuldners bezüglich der Sache besteht. Dernburg hat sich Rehbein angeschlossen.[3]) Aber es muß doch gesagt werden, daß die Bestimmungen des § 433 Sonderbestimmungen sind und daß das Prinzip nur da durchbrochen wird, wo es das Gesetz ausdrücklich betont. Ebenso Matthiaß und Charmak.[4]) Daher ist auch die Ansicht von Hachenburg zu verwerfen, der § 433 Abs. 2 bei allen Veräußerungskontrakten anwenden will.[5]) Natürlich bleibt es überall dem Vertragswillen überlassen, eine Abnahmepflicht des Gläubigers zu begründen, z. B. wenn die Abnahme das Renommé des einen Teiles vermehren soll. Dagegen darf sie nicht gegen die guten Sitten verstoßen,

[2]) Dernburg Bd. 2, 1 § 74 I.

[3]) Rehbein Bd. 2 zu § 293.

[4]) Matthiaß § 81 III; Charmak S. 15.

[5]) Hachenburg, Gutachten S. 147.

wie es z. B. eine Verpflichtung zur Operation wäre. Sehr oft wird der Vertragswille nach Treu und Glauben auf eine Abnahmepflicht gehen. Jedoch ist bei Auslegung solcher Verträge vorsichtig zu verfahren, z. B. kann Rehbein zu § 293 nicht zugestimmt werden, wenn er fordert, es müsse dem Buchhalter ein Recht zum Rücktritt gegeben werden, wenn der Prinzipal ihn auf der Bärenhaut liegen lasse, und womöglich auch dem Mieter, wenn er nicht in die Wohnung einziehe. „Und noch weniger könnte die Pacht ohne solchen Rechtssatz auskommen." So allgemein darf man nicht folgern. Allerdings gibt es Fälle, auf die Kohler hinweist,[6]) bei denen z. B. der Pächter sehr wohl nach Vertragswillen oder Treu und Glauben eine Pflicht hätte, das Landgut auch wirklich zu bewirtschaften, oder der Mieter eines Pferdes verpflichtet sein kann, dasselbe auch einzureiten. Aber keineswegs können die Fälle verallgemeinert werden. Sonst würden die Begriffe von Schuldner und Gläubiger tatsächlich auf den Kopf gestellt.[7])

§ 17.

Wenn wir im folgenden die praktischen Konsequenzen prüfen werden, die die Annahmepflicht mit sich bringt, so werden wir nicht vergessen dürfen, daß neben der Annahmepflicht in jedem Tatbestande auch das Annahmerecht steht. Denn die Ausnahmevorschriften des § 433

---

6) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 181.

7) So auch ein jüngstes Urteil des Landgerichts I Berlin (Juni 1911), das dem Schauspieler kein Recht auf Beschäftigung gibt (B. T. Nr. 309).

Abs. 2 usw. haben keineswegs die Bedeutung, das Recht zur Annahme des Gläubigers zu zerstören, eben weil er immer noch Gläubiger ist. Allerdings wird, wenn der Gläubiger zugleich Schuldner bezüglich der Annahme ist, sein Gläubigerrecht bei der praktischen Wertung nicht zum Vorschein kommen, denn durch die Pflicht wird ihm ein engerer Kreis gewiesen, in dem er sich zu halten hat. Damit werden ihm die positiven Konsequenzen des Annahmerechts immer durch die Pflicht genommen werden können. Nur wo das Annahmerecht auch eine Folge nach der negativen Seite hin zeitigt, in den Pflichten, die der Annahmeverzug mit sich bringt, wird es voll zur Erscheinung kommen.

Wo also der Gläubiger zur Annahme verpflichtet ist, ist er bezüglich der Annahme Schuldner und Gläubiger zugleich.

Daß eine Vereinigung der beiden Gegenpole der Obligation in einer Person denkbar ist, zeigen die gegenseitigen Schuldverhältnisse. Während aber hier der Gläubiger einer Leistung Schuldner nicht für diese, sondern für die Gegenleistung ist, scheint bei der Annahme eine Vereinigung der Schuldner- und Gläubigerqualität bezüglich derselben Leistung vorzuliegen und die Gefahr einer Konfusion erheblich nahe gerückt zu sein. Tatsächlich aber konkurrieren hier nicht Gläubiger- und Schuldnersein in einer Person. Denn man ist bezüglich der Annahme nicht in dem Sinne Gläubiger, wie man zu ihr Schuldner ist. Gläubiger der Annahme sein, heißt ja

nicht, sie fordern dürfen, sondern sie vornehmen können, steht also zum Schuldnersein bezüglich der Annahme nicht so da wie Größen, die sich aufheben. Was hier konkurriert, ist das Recht und die Pflicht zur Annahme. Recht und Pflicht können sich aber in einer Person bezüglich derselben Leistung vereinigen, ohne zu konfundieren. Das zeigt § 1627 BGB., wo der Vater bezüglich der Sorge für das Kind berechtigt und verpflichtet zugleich ist. Zu gleichem Resultate mit anderer Begründung kommen Crome und Paech.[1]) Hohenstein aber sieht hier eine „Klippe".[2]) Nach vorstehendem dürfte man eigentlich von Gläubigersein bezüglich der Annahme gar nicht sprechen, wenn man es in Gegensatz zur Schuldnerqualität stellt. In diesem Sinne wäre der Gläubiger nur Gläubiger bezüglich der Ware, die er zu verlangen hat. Aber der Einfachheit halber will ich doch im folgenden den Ausdruck gebrauchen.

§ 18.

Die wichtigste Folge der Annahmepflicht ist die Klage. Das haben wir schon oben darlegen müssen, weil wir die Pflicht in den einzelnen Fällen als eine wirklich erzwingbare nachweisen wollten.

Die Klage ist nach § 887 oder § 888 ZPO. zu vollstrecken, je nachdem die Annahmetätigkeit vertretbar ist oder nicht. Daß die Abnahme, wie wir sie beim Kauf

[1]) Crome, Bürgerl. R. Bd. 2 § 163; Paech § 29 S. 28.

[2]) Hohenstein a. a. O. S. 71.

verstehen, von jedem Dritten vorgenommen werden kann, ist klar. Nur wer in der Abnahme mehr erblickt als eine rein lokale Handlung, wird sie nach § 888 oder § 894 vollstrecken lassen wollen. Denn das Wegnehmen und auch das Ansichnehmen kann doch jeder Dritte ebensogut vornehmen wie der Gläubiger. Das haben Endemann und Laband verkannt.[1]) In unserem Sinne haben sich ausgesprochen Oberlandesgericht (Bd. 14 S. 187), Staub (Exk. vor § 373 Abs. 3), Jacobi (S. 273) und Rosenberg (S. 264). Die Abnahme beim Kauf, die Rücknahme beim Verwahrungsvertrag oder wo sonst — vertraglich — die rein körperliche Abnahmepflicht festgesetzt ist, sowie jede Vorbereitungshandlung, die, wie das Liefern von Kisten usw., vertretbare Handlung ist, werden nach § 887 ZPO. vollstreckt. Der Verkäufer kann auf Antrag ermächtigt werden, auf Kosten des Schuldners (des Käufers usw.) die Handlung vornehmen zu lassen. Der Einwand Romeicks (S. 60/61), daß der Verkäufer auch ohne Klage die Sache hinterlegen und sich nach § 304 BGB. die Kosten erstatten lassen könnte, trifft aber nicht zu. Der Verkäufer usw. kann jetzt alle Sachen hinterlegen, gleich, ob sie hinterlegungsfähig sind oder nicht, und kann sich die Kosten voraus bezahlen lassen (§ 887 Abs. 2 ZPO.). Außerdem ist er in die günstige Lage gekommen, durch das Urteil bezüglich der Deposition gedeckt zu sein. Denn wenn der Gläubiger gewöhnlich deponiert, und die Sache geht beim Depositar unter, so muß er den Nach-

---

[1]) Endemann Bd. 1 S. 791; Laband a. a. O. S. 307.

weis führen, daß die Leistung die geschuldete war, daß also Annahmeverzug eingetreten ist. Das nimmt ihm das Urteil ab. Da ich Abnehmen nicht gleich Ansichnehmen setze, so würde ich dem Verkäufer nicht die Befugnis geben, bei dem Käufer durch einen Dritten abladen zu lassen oder etwa gar durch einen Gerichtsvollzieher ihm die Sache aufzudrängen nach § 892 ZPO.[2]) Ist die Handlung dagegen nicht vertretbar wie die Vornahme der Spezifikation oder der Wahl oder wie der Abruf, so kommt § 888 Abs. 1 ZPO. zur Anwendung. Dagegen Lehmann-Ring, Oertmann, Staub,[3]) die auch hier § 887 ZPO. wollen. Aber § 887 gilt nur für Handlungen, bei denen dem Willen, der sich zu betätigen hat, eine ganz bestimmte, nicht zu verfehlende Richtung vorgeschrieben ist. Daher kann der Gläubiger nach § 888 ZPO. mit Geldstrafen bis zu 1500 Mk. oder durch Haft zur Vornahme der Spezifikation usw. gezwungen werden. Beim Spezifikationskauf unter Kaufleuten wird das natürlich nicht oft praktisch werden, da nach § 375 Abs. 2 HGB. bedeutend einfachere Mittel zum Ziele führen.

Ist der Gläubiger rechtskräftig verurteilt, so tritt § 283 ein. Ist also innerhalb einer nach dem Urteil festgesetzten Frist nicht abgenommen worden, so kann

---

[2]) Rosenberg S. 265; Kohler Bd. 13 S. 241; Striebinger S. 60; für die vorgetragene Ansicht Jacobi S. 275.

[3]) Lehmann-Ring, HGB. Bd. 2 S. 110; Oertmann im Arch. f. ziv. Prax. S. 224; Staub 6./7. Aufl.

jetzt der Verkäufer usw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen. Allerdings dann nicht, wenn die Abnahme nach Eintritt des Urteils infolge Krankheit des Gläubigers oder eines anderen nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich wird.

§ 19.

Als Schuldner ist der Gläubiger nicht zur Teilabnahme berechtigt (§ 266 BGB.).

Übertragung der Mitwirkung ist nach § 415 BGB. Schuldübernahme, wenn der Gläubiger, also der Verkäufer usw., sie genehmigt. Beauftrage ich aber z. B. meinen Diener ohne Vollmacht, also in eigenem Namen, die von mir gekauften Säcke Mehl abzuholen, so braucht der Verkäufer, da der Diener nicht Vertreter des Herrn ist und der Verkäufer von der „Übertragung der Mitwirkung" nichts weiß, das Mehl dem Arbeiter nicht abzuliefern, weil eben die Schuld nicht übernommen worden ist (§ 415 BGB.). Und kommt natürlich nicht in Gläubigerverzug, da der Käufer die Abnahme gar nicht angeboten hat. Jeder Dritte kann nach § 267, ohne daß der Käufer etwas weiß, zum Verkäufer gehen und ihm die Abnahme, soweit es sich nur um das unpersönliche Entlasten oder Ansichnehmen handelt, statt des Käufers anbieten. Der Verkäufer kann die Abnahme annehmen, auch wenn der Käufer (Schuldner) widerspricht. Dagegen könnte manchmal § 226 BGB. helfen. Wie aber, wenn der Dritte nach § 414 durch Vertrag mit dem Verkäufer die Schuld

übernimmt? Hier muß der Verkäufer doch leisten! Sollte gegen den Schuldübernahmevertrag etwas vom Standpunkt des § 138 einzuwenden sein? Wohl kaum. Aber das wäre ein bedauernswertes Resultat. Die Sache ist jedoch nicht so schlimm, denn der Verkäufer wird sich hüten, den Vertrag mit dem Dritten einzugehen, denn dem Käufer gegenüber ist er immer nachher noch zur Verschaffung des Rechtes an der Sache verpflichtet; die Abnahme schafft ja nur Besitz. Wo aber eine Pflicht zur Spezifikation, zum Abruf oder zur Vornahme der Wahl vorliegt, da tritt § 267 nicht in Kraft, weil es sich um Verpflichtungen handelt, die in Person zu erfüllen sind.

Wenn der Gläubiger als Schuldner die Abnahme ausführen will und sie anbietet, und der Gläubiger die Abnahme nicht annimmt, indem er seinerseits die Leistung nicht anbietet, so kommt er ohne weiteres in Gläubigerverzug; denn die Pflicht zur Abnahme entsteht, da sie unmittelbar aus dem Vertrage hervorgeht, bereits mit dem Vertragsschluß, nicht erst mit dem Angebot der Gegenleistung. Während der Schuldner Verkäufer, Unternehmer usw., also gewöhnlich, wenn er nicht leistet, erst bei culpa in (Schuldner-) Verzug gerät, treffen ihn hier bei Nichtleistung auch ohne culpa Verzugsfolgen. Darin liegt der praktische Wert. Wird also später dem Käufer die Annahme subjektiv unmöglich wegen Krankheit oder aus irgendeinem anderen Grunde, der nicht unter culpa lata fällt, er ist z. B. weggereist und kommt zur Abnahme

der angebotenen Leistung aus leichter Fahrlässigkeit nicht mehr zurecht, so kommt er nicht in Leistungsverzug; denn er vertritt nach § 300 nur dolus und culpa lata. Der Käufer kann als Schuldner ferner noch nach § 304 Ersatz der Mehraufwendungen für sein erfolgloses Angebot verlangen, z. B. wenn zur Abnahme ein großer Apparat erforderlich ist. Der Fabrikant hat sich für die Abnahme der Maschine einen besonders starken Wagen und ein paar extra starke Pferde gemietet, das ist dem Käufer, dem Fabrikanten, zu ersetzen, auch wenn der Schuldner, Verkäufer usw. nichts dafür kann, daß er nicht liefert; denn er gerät ja immer in Gläubigerverzug, auch ohne culpa. Weshalb Romeick (S. 66) und Jacobi (S. 276) davor zurückschrecken, ist unverständlich. Für Romeick ist das mit ein Grund, daß die Abnahme keine Leistung sein soll. Aber die Folgen, die sich aus der obigen Untersuchung ergeben, sind doch nur billig. Natürlich sind die Schuldverhältnisse meist auf die Annahme als Recht angestellt. Aber auch wenn die Annahme eine Pflicht ist, kann man, wie dargelegt, ein praktisch haltbares Resultat ziehen. Für Jacobi kommt ein Gläubigerverzug des Verkäufers bezüglich der Annahme schon deshalb nicht in Betracht, weil für ihn die Annahmepflicht in § 433 ein Erfüllungssurrogat ist, also vom Annahmeverzug des Käufers abhängt.

§ 20.

Wird die Annahme verzögert, so liegt ohne weiteres Gläubigerverzug vor. Denn die Annahme ist vor allem ein Recht des Gläubigers. Wo die Annahme aber auch, wie in gewissen Fällen (§§ 433, 640 BGB.; § 375 HGB.), eine Schuldnerpflicht ist, tritt unter den Bedingungen der §§ 284 ff. BGB. Schuldnerverzug ein. Wer natürlich die Abnahme als Leistung verneint, wird keinen Abnahme-Leistungsverzug annehmen. Das Gläubigerrecht und die Schuldnerpflicht der Annahme können nun, wie wir oben § 17 bewiesen haben, in demselben Tatbestand aktiv werden. Das ist der Fall, wenn der Gläubiger-Käufer auf Mahnung hin oder am kalendermäßig festgesetzten Tage schuldhaft die angebotene Leistung nicht annimmt. Wie verhalten sich nun Gläubiger- und Schuldnerverzugsfolgen hierbei? Konkurrieren sie und wie?

Eine Konsumtion des Gläubigers durch den Schuldnerverzug will Warschauer (S. 23) ohne weitere Begründung. Seine Bedenken gegen die nach seiner Ansicht noch einzig mögliche kumulative Konkurrenz werden unten widerlegt werden.

Die alternative Konkurrenz, wie Hohenstein sie will,[1]) aus Furcht, daß bei anderer Art von Konkurrenz Konfusion eintrete, muß abgelehnt werden. Wir haben schon oben S. 58 nachgewiesen, daß eine Konfusion nicht

[1]) Hohenstein a. a. O. S. 71.

stattfindet. Daher erledigen sich auch die Bedenken Hohensteins gegen die kumulative Konkurrenz. Auch was Fleck gegen diese vorbringt,[2] ist leichter Natur, wenn man näher untersucht. Er behauptet, bei kumulativer Konkurrenz sei „die Lage des anderen Teils aufs höchste gefährdet und schutzlos der Willkür des Gegners" preisgegeben. Es könnte ferner nicht Wille des Gesetzes sein, daß zuerst dem Käufer Exekution aus dem Schuldverzug angedroht werde und dann plötzlich der Verkäufer variiert und die Ware nach dem Gläubigerverzug freihändig verkaufen will. Seine Theorie der elektiven Konkurrenz behauptet, habe man sich einmal für etwas entschlossen, so könne man nicht mehr variieren. Aber Fleck hat, so allgemein gesprochen, nicht recht. Dagegen ist der Kern seiner Ausführungen richtig, und wir werden Kombinationen des Verkäufers nicht gestatten dürfen, wenn sie sich nicht mit Treu und Glauben vereinigen lassen. Aber grundsätzlich kann man, wenn man überhaupt Konkurrenz annimmt, tatsächlich nur kumulative annehmen; denn derselbe Tatbestand wird von doppelten Rechtssätzen ergriffen und zeitigt auch doppelte Konsequenzen. Zur Konsumtion besteht aber gar kein Grund; denn auch wenn das Recht des Käufers zur Annahme meistens nicht zum Vorschein kommt, so besteht es doch, wie oben bewiesen, und lebt in der negativen Verzugsfolge auf. Für die kumulative Konkurrenz Motive,

[2]) Fleck im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 12 S. 252 ff.

Cosack, Dernburg.[3]) Letzterer nicht, wie Warschauer (S. 23) glaubt, für alternative Konkurrenz.

Als Vorteile aus dem Gläubigerverzuge des Gläubigers (Käufers) stehen dem Verkäufer zu: Nach § 300 braucht er nur für dolus und culpa lata zu haften, keine Zinsen zu zahlen, nur die tatsächlich gezogenen Nutzungen herauszugeben. Er kann deponieren, er kann nicht hinterlegungsfähige Sachen im Selbsthilfeverkauf veräußern oder nach § 385 BGB. oder § 375 HGB. die Sache freihändig verkaufen. Nach § 304 sind ihm die Mehraufwendungen für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes zu ersetzen, und nach § 264 Abs. 2 geht nach Setzung einer Frist die Wahl auf den Verkäufer über. Dagegen wird die Haftung des Käufers usw. bei schuldhaftem Abnahmeverzug für die Leistung, d. i. die Abnahme, verschärft. Der Käufer hat also bezüglich der Abnahme auch für Zufall während des Verzuges zu haften. Wird der Käufer plötzlich krank, daß er nicht spezifizieren oder abnehmen kann, so muß er dafür nach § 280 BGB. aufkommen und hat dem Verkäufer den durch die Nichtabnahme entstandenen Schaden zu ersetzen. Außerdem kann der Verkäufer aber immer allen Schaden verlangen, der durch den Verzug in der Annahme entsteht. Ob er auch die Rechte aus § 326, insbesondere den Rücktritt

---

[3]) Mot. Bd. 2 S. 426; Cosack Bd. 1 § 130, 6; Dernburg Bd. 2, 1 § 74 III.

hat, ist bestritten. Es wird unten näher darauf einzugehen sein. Diese verschiedenen Rechte, die der Verkäufer aus dem Gläubiger- und Schuldnerverzuge hat, kann er also kombinieren. Allerdings dürfen diese Kombinationen nicht wie oben hervorgehoben gegen Treu und Glauben verstoßen. Tritt er vom Vertrage zurück, so wird er natürlich andere Rechte aus dem Annahmeverzuge nicht herleiten können. Denn durch den Rücktritt bekundet der Schuldner seinen Willen, das Schuldverhältnis völlig aufzuheben, und auch die Unmöglichkeit einer Kombination zwischen § 286 und § 300 muß Fleck zugestanden werden. Das würde in der Tat § 254 BGB. widersprechen. Denn ich muß, wenn ich Schadensersatz fordern kann, für jedes Verschulden haften, da sonst Kulpakompensation vorliegt. Sonst aber sehe ich kaum einen Grund, etwa §§ 300 und 287, §§ 372 und 286 z. B. nicht zu kombinieren. Ist der Gläubiger auch zur Wahl nach § 433 Abs. 2 oder zur Spezifikation nach § 375 HGB. verpflichtet, so kann die Gläubigerverzugsfolge des Überganges der Wahl bei der Alternativobligation begrifflich sehr wohl, nicht aber praktisch mit § 286 und die Schuldnerverzugsfolgen des Überganges der Spezifikation bei dem Spezifikationskauf nach § 375 Abs. 2 mit §§ 300, 304 BGB. kumulativ konkurrieren.

§ 21.

Beim Spezifikationsverzug ist kraft positiver Bestimmung (§ 375 HGB.) § 326 anwendbar. Wie ist es

nun mit der Abnahme? Finden die Vorschriften des § 326 auch auf den Abnehmerverzug Anwendung? Daß die Abnahme eine Leistung ist, ist bereits oben gegen Romeick und Lippmann bewiesen worden. Es ist nun der Gedanke abzuweisen, als ob die Leistung, von der in § 326 die Rede ist und mit der man in Verzug kommt, die volle Leistung sein, daß also Totalverzug vorliegen müsse, damit § 326 in Funktion tritt. Denn es wäre durch nichts gerechtfertigt und widerspricht auch dem Geiste der ganzen Bestimmungen, dem Gläubiger § 326 zu versagen, wenn er teilweise nicht befriedigt ist.[1]) Als Teilleistung will aber Staub[2]) die Abnahme nicht gelten lassen. Teilleistung sei nur ein quantitativer Teil der Hauptleistung. Diese enge Auslegung ist mit Recht von keiner Seite gebilligt worden. Sind doch Abnahme und Zahlung die natürlichen Teile der Käuferleistung. Wenn nun aber auch die Abnahme eine Teilleistung ist und § 326 für Teilleistungen Anwendung findet, so fragt es sich doch weiter, ob die Abnahme eine Leistung im Sinne der §§ 320—327 ist. Diese Paragraphen sind in ihrer Anwendung auf die gegenseitigen Verträge beschränkt. Die Leistungen, von denen hier die Rede ist, stehen im engsten Zusammenhange miteinander und sind in Wechselwirkungen verknüpft. Jede dort erwähnte Leistung ist das Korrelat der Gegenleistung, man gibt die Leistung nur hin, weil die Gegenleistung gemacht

---

[1]) So RG. Bd. 53 S. 163.

[2]) Staub, Exk. S. 374 Anm. 163.

wird, und braucht nur zu leisten, wenn die Gegenleistung angeboten wird, mit anderen Worten: „Die Leistung in § 326 ist eine Hauptleistung, im Gegensatz zur Nebenleistung, die die Gegenleistung nicht wesentlich beeinflußt und für den Inhalt des gegenseitigen Vertrages nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist“.[3]) Soweit ich sehe, gibt es wenig Vertreter für die Ansicht, daß § 326 mit seinen weitgehenden Verzugsfolgen auch bei Nebenleistung anwendbar wäre.[4]) Doch der Gesetzgeber kann nicht wollen, daß der ganze Vertrag aufgehoben wird, wenn auch nur die nebensächlichste Nebenbestimmung verletzt ist. Dafür ist eben der Schadensersatz da. Und tatsächlich heißt es auch, wie Staub nachweist, Verzug mit der Leistung, mit der Leistung *κατ' ἐξοχήν*, der Hauptleistung oder einem Teil derselben.[5])

Die Gegenpartei, die die Anwendbarkeit von § 326 bei Abnahmeverzug immer bejaht, behauptet, die Abnahme wäre eine Hauptleistung. Diese Ansicht war sogar bis zum Reichsgerichtsurteil (Bd. 57 S. 111) vom Jahre 1904 die herrschende. In diesem Jahre erst neigte sich die Wage durch die sehr klare Begründung des Reichsgerichts zugunsten Staubs, der die Anwendbarkeit des § 326 nur ausnahmsweise zuläßt. Die Gegenansichten von Rosenberg, Cosack, Endemann,

[3]) Düringer-Hachenburg S. 16.

[4]) Dafür z. B. ROLG. Bd. 6 S. 50.

[5]) Staub, Exk. zu § 374 Anm. 163; RG. Bd. 53 S. 164, Bd. 57 S. 111; ROLG. Bd. 6 S. 49.

Lehmann-Ring, Crome, Makower, Fleck[6]) heben dreierlei hervor: die Nebeneinanderstellung der beiden Käuferpflichten und Koordinierung durch das „und" in § 433 BGB., die Verwandtschaft mit dem Spezifikationsverzug und die Billigkeit der Anwendung des § 326. Eine besondere Stellung unter ihnen nimmt Düringer-Hachenburg ein,[7]) der davon ausgeht, daß die Abnahmepflicht ein essentiale negotii sei. Unter diesen Umständen muß er natürlich stets die Anwendbarkeit des § 326 bejahen. Er behauptet direkt S. 109: „Ist der Käufer zur Abnahme nicht verpflichtet, so liegt ein Kaufvertrag nicht vor", und weiter: „sie ist die der Verpflichtung des Käufers zur Übergabe äquivalente Hauptverpflichtung des Käufers". Aber es ist doch, um mit dem Reichsgericht[8]) zu sprechen, „schlechthin unerfindlich, aus welchen Gründen der Gesetzgeber zu einer derartigen Überspannung des Erfordernisses der Abnahmeverpflichtung gelangt sein sollte, daß einem Vertrage die Eigenschaft als Kaufvertrag entzogen sei, wenn er z. B. das Gedinge enthält, dem Verkäufer stehe bei Verweigerung der Abnahme außer dem Rechte auf Zahlung nur die Befugnis zum Selbsthilfeverkauf aus § 383 BGB. und § 373 HGB. zu". Düringer-

[6]) Rosenberg a. a. O. S. 260 ff.; Cosack Bd. 1 S. 461; Endemann Bd. 1 S. 938; Lehmann-Ring, HGB. Bd. 2 S. 115; Crome Bd. 2 § 215 Anm. 44; Makower S. 1118—1123; Fleck a. a. O. S. 254.

[7]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 108/09.

[8]) RG. in DJZ. 1904 S. 344.

Hachenburg behauptet weiter, das Bürgerliche Gesetzbuch stelle sich in dieser Frage bewußt in einen Gegensatz zu der bisher herrschenden Theorie und Praxis. Durchaus nicht! Das allgem. Landrecht und das Handelsgesetzbuch haben, wie oben bewiesen, eine allgemeine Verpflichtung zur Abnahme gekannt. Bloß im gemeinen Recht und im code civil wurde sie nicht unbedingt gegeben. Das Gesetz hat also keinen Sprung getan, als es in § 433 die Abnahmeverpflichtung gab, sondern es hat vorsichtig an die historische Entwicklung angeknüpft, wie ja auch die Motive (Bd. 2 S. 317) betonen. Etwas anderes wäre ja auch durchaus nicht zu billigen gewesen. Im übrigen besagen ja die Motive (a. a. O.) ausdrücklich, daß sie die Abnahmepflicht deshalb ins Gesetz gebracht hätten, weil sie fürchteten, sie könnte als naturale negotii verneint werden. Was heißt das anderes, als daß die Gesetzgeber sich die Abnahme als naturale negotii gedacht hatten. Wie Düringer-Hachenburg (S. 108) etwas anderes herausliest, ist nicht recht verständlich. Die anderen Vertreter, die den § 326 immer angewendet wissen wollen, geben zu, daß die Abnahmepflicht ein naturale negotii sei, aber durch Koordinierung in § 433 habe der Gesetzgeber zu verstehen gegeben, daß er Abnahme- und Zahlungspflicht in den Verzugsfolgen gleichbehandelt wissen wollte. Aber das „und" beweist nichts, sonst könnte man mit derselben Berechtigung behaupten, beide Verpflichtungen seien essentialia negotii. Das ist aber widerlegt worden. Daraus, daß die Abnahmepflicht

naturale negotii ist, geht aber nicht hervor, daß es Hauptleistung sein müsse.

Als zweiter Grund für die Anwendbarkeit des § 326 wird die nahe Verwandtschaft mit dem Spezifikationsverzug aus § 375 HGB. angeführt. Daß beide Arten von Verzug sich sehr ähneln, soll gar nicht geleugnet werden. Aber die Ähnlichkeit muß nur eine äußerliche sein, sonst hätte nicht § 375 HGB. im Gegensatz zu § 433 ausdrücklich die Anwendbarkeit von § 326 hervorgehoben, und dem ist auch so. Beim Spezifikationskauf ist die Spezifikation der eigentliche Kern des Kaufes. In ihr liegt das Wesen des Spezifikationskaufes eigentlich begründet. Ein Kauf mit Vorbehalt der Spezifikation würde ohne Spezifizierung nicht realisierbar sein. Daher ist ohne Frage die Spezifikationspflicht eine Hauptleistung. Dem Spezifikationskauf könnte ein Abnahmekauf entsprechen. Man denke an Fälle wie l. 9 D. 19, 1 u. a.

Zu dritt wird noch auf die wirtschaftlichen Folgen hingewiesen, die ohne § 326 ein wenig günstiges Resultat zeitigen würden. Aber gerade auf diesem Gebiete sind die Beispiele, die Staub[9]) und das Reichsgericht gegen § 326 anführen, eher berechtigt. Soll etwa, sagt Staub, der Käufer lediglich deshalb, weil er nicht rechtzeitig für genügende Lagerräume gesorgt hat und deshalb in Abnahmeverzug gerät, nach § 326 den Rücktritt vom Vertrage über sich ergehen lassen müssen, wenn er den Kaufpreis zu zahlen bereit ist oder bereits gezahlt hat. Auch

das Beispiel, das das Reichsgericht[10]) bringt, ist überzeugend. Natürlich kann der Rücktritt unter Umständen sehr wohl berechtigt sein, wenn z. B. Transportmittel, ein Schiff, bereitgestellt sind, oder wegen Anstellung zum Verladen bestimmter, sonst unbeschäftigter Arbeiter.[11]) Ebenso kann Rücktritt sehr wohl am Platze sein, wenn die Abnahme so wesentlich ist, daß sie, unterlassen, den ganzen Geschäftsbetrieb ins Stocken bringt, also bei Jahresbezügen und Sukzessivlieferungsgeschäften, bei Massenartikeln und Massenproduktion im Großhandel usw. und natürlich da, wo die Abnahme als wesentlich dem Vertrage eingefügt ist. In diesem Fall wird sich die Abnahme immer als Korrelat der Gegenleistung darstellen. Die Vorteile, die Düringer-Hachenburg (S. 109) anführt, nämlich Möglichkeit einer sofortigen anderweitigen Disposition über die Ware, kommen gegen die Bedenken, die oben Staub anführt, nicht auf. Andererseits reicht § 286 völlig aus, in Verbindung mit der Klage, dem Verkäufer alle Lasten abzunehmen, die er mit der Sache hat. Jacobi geht natürlich auch hier seinen eigenen Weg, denn da die Abnahmepflicht nach seiner Ansicht eine unselbständige ist, kann sie natürlich nie zur Übergabe z. B. im synallagmatischen Verhältnis stehen.

---

[9]) Staub, Exk. zu § 374 Anm. 163.

[10]) RG. in DJZ. 1904 S. 344.

[11]) Staub, Exk. zu § 374 Anm. 164.

§ 22.

Unter denselben Bedingungen wie § 326 sind auch §§ 323—325 anwendbar. Dagegen ist die Anwendung von §§ 320, 321 u. 322 ausgeschlossen, weil Übergabe und Annahme nicht im Verhältnis von Zug um Zug-Leistungen, sondern von Vor- und Nachleistungen stehen. Eine objektive Unmöglichkeit ist überhaupt undenkbar. Dagegen sind die §§ 323—325 unter den besonderen Umständen, unter denen auch § 326 Platz greift, bei subjektiver Unmöglichkeit des Käufers usw. zur Abnahme sehr wohl anwendbar. Romeick (S. 63) behauptet, daß die Anwendbarkeit von §§ 323 u. 324 bei der Abnahme nicht denkbar ist, weil der Käufer die Abnahme stets zu vertreten hat. Jedoch angenommen, daß die Abnahme unter der persönlichen Aufsicht des Käufers zu geschehen hat, und der Käufer plötzlich krank wird und keine Dispositionen treffen kann, so wird § 323 Platz greifen. Dagegen wird man Romeick zugestehen müssen, daß § 324 wohl kaum angewendet werden kann. Meistenteils aber wird bei Unvermögen der Abnahme § 325 eintreten. Hier kann also der Verkäufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder zurücktreten. Er hat aber auch die Rechte aus § 323, d. h. er verliert den Anspruch auf die Abnahme und braucht selber nicht zu leisten.

§ 23.

Im Anhang dazu möchte ich noch kurz erwähnen, welche praktischen Konsequenzen sich ergeben, wo die An-

nahme nur ein Recht ist. Hier ist natürlich der Gläubiger nur Gläubiger. Er kann annehmen oder nicht annehmen, er kann teilweise annehmen und sogar das Annahmerecht einem Dritten übertragen. Das letztere ist keine Zession; denn zediert können nur Forderungen werden. Das Recht auf Annahme ist aber keine Forderung, wie oben bewiesen. Der Käufer muß also dem Diener, der das Geld abholen soll, leisten, wenn dieser nachweist, daß ihm die Annahme übertragen worden ist. Ist die Abnahme subjektiv unmöglich — objektive Unmöglichkeit ist ja ausgeschlossen —, so geht das den Schuldner nichts an. Für ihn hat der Gläubiger einfach nicht angenommen. Allerdings kommt dieser in Gläubigerverzug und es treffen ihn die Folgen, die wir bereits oben erörtert haben.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Ich bin am 23. Februar 1889 zu Gnesen, Provinz Posen, als Sohn des Fabrikbesitzers J. Engländer und seiner Ehefrau Hulda geb. Birnbaum geboren, bin jüdischer Religion, Preuße und erhielt meine Gymnasialbildung auf dem Gymnasium zu Gnesen. Dieses verließ ich Ostern 1907 mit dem Zeugnis der Reife.

Meinen juristischen Studien oblag ich auf den Universitäten zu Freiburg, Berlin, München, Breslau. Am 22. Oktober 1910 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung.

Meinen Vorbereitungsdienst begann ich im November 1910 bei dem Kgl. Amtsgericht zu Crone a. Br.

Am 18. November 1910 bestand ich das mündliche Doktorexamen in Breslau.

Augenblicklich bin ich bis zum 1. Dezember 1911 von Se. Exzellenz dem Herrn Oberlandesgerichtspräsidenten vom Vorbereitungsdienst beurlaubt.